Eintragungen in das Handelsregister bei Umwandlungen von Unternehmensformen.

Abhandlung
zur
Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

Hansgeorg Baumann
Gerichtsreferendar
aus Roisdorf b. Bonn.

BRÜHL 1938
Buchdruckerei Karl Martini

Angenommen auf Bericht der Professoren

Geheimrat Dr. Rauch und Dr. Zycha.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung. . . . . . 1—9

Erstes Kapitel.

Die Frage nach der Wirkung der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister als ein Ausschnitt aus dem Problem des fehlerhaften Staatsaktes. 11—16

§ 1. Notwendigkeit der Eintragung für die Umwandlung. . . 11—14

§ 2. Die verwaltungsrechtliche Frage nach der Abhängigkeit der Eintragung von dem Umwandlungsbeschluß. . . . . 14—16

Zweites Kapitel.

Das Problem des fehlerhaften Staatsaktes an Hand von einschlägigen Beispielen. . . . . 17—34

§ 3. Einseitiger und antragsbedingter Verwaltungsakt. . . . 17—22

§ 4. Der einer besonderen gesellschaftsrechtlichen Mitwirkung bedürftige Verwaltungsakt. . . . . 22—34

I. Die Eintragung einer AG. oder GmbH. in das Handelsregister. . . . . . 23—29

II. Die Eintragung von Beschlüssen in das Handelsregister. . 29—34

Drittes Kapitel.

Die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister. . . . . 35—57

§ 5. Abhängigkeit der Eintragung vom Umwandlungsbeschluß. . 36—45

§ 6. Rechtfertigung des Ergebnisses aus dem Gesetz. . . . 46—57

Viertes Kapitel.

Eintragung der Umwandlung und Wirtschaftsleben. 58—86

§ 7. Die Eintragung der AG. oder GmbH. und das Wirtschaftsleben als vergleichendes Beispiel. . . . . 59—61

§ 8. Vorbemerkungen zu der Betrachtung über die Eintragung der Umwandlung und das Wirtschaftsleben . . . . . 61—64

§ 9. Die Eintragung der verschmelzenden Umwandlung nach dem UmwG. . . . . 64—78

§ 10. Die Eintragung der Umwandlung nach dem AGes. . . . 78—83

§ 11. Die Eintragung der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. 83—86

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Bergmann: Umwandlung, Auflösung und Löschung von Kapitalgesellschaften, Kommentar (Berlin 1935).

Boltz: Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften nach dem Gesetz vom 5. 7. 1934. (In: Arch. Ziv. Prax. Bd. 141 S. 280 ff.).

Böttcher-Meilicke: Umwandlung, Auflösung und Anleihestock von Kapitalgesellschaften, Kommentar. (3. Aufl., Berlin 1936).

Brassert-Gottschalk: Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten (2. Aufl., Bonn 1913).

Brodmann: Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar. (Berlin und Leipzig 1924.),

— Aktienrecht, Kommentar. (Berlin und Leipzig 1928).

Bürckner: Der privatrechtsgestaltende Staatsakt. (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 47, Leipzig 1930).

Crisolli-Groschuff-Kaemmel: Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften, Kommentar. (Leipzig 1935.)

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch.

I. Bd. Allgem. Einleitung und §§ 1—104 (§§ 8—104 bearbeit. v. Hoeniger). 3. Aufl. 1930.

II. Bd. 2. Hälfte (§§ 105—177, 335—442, erläut. v. Flechtheim). 3. Aufl. 1932.

III. Bd. 3. Teil (erläut. v. Hachenburg). 1935.
1. Lieferung: Kommanditgesellschaft auf Aktien, §§ 320—334.
2. Lieferung: Umwandlung von Kapitalgesellschaften und die Steuererleichterungen.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. I. (Leipzig 1913).

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. (Einleitung, Allgem. Teil.)
13. Bearbeitung. Marburg 1931.

Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. (Entwurf eines Gesetzes mit Begründung). Stuttgart 1931.

Fischer: Das Schicksal der kleineren Aktiengesellschaften. (In: DJZ. 1936, 797 ff.).

— Die Unterschiede in der steuerlichen Belastung von Personalgesellschaften und Kapitalgesellschaften. (In: DJZ. 1936, 924 ff.).

Flechtheim:	Das Urteil auf Ungültigkeitserklärung eines Generalversammlungsbeschlusses. (In: Festschr. Ernst Zitelmann, Mannheim u. Leipzig 1913).
Freisenberger:	Kaufmännisches Strafrecht. (In: Gruch. Bd. 70, S. 199 ff.).
Gierke:	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. (2. Aufl. 1926 Berlin u. Leipzig).
Göppert:	Eintragungen in das Handelsregister von besonderer Eigenart. § 25 Abs. 2, §§ 176, 5,200 HGB. (Bonn 1934).
—	Zum Aktienrechtsentwurf (Nichtigkeit der AG. und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen). (In: Bank-Arch. Bd. 30, S. 25 ff.)
Grützmann:	Bemerkungen über Nichtigkeit nach Aktienrecht. (In: Arch.Ziv.Prax. 122, 52 ff.).
Hachenburg: (früh. Staub-Hachenburg)	Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Bd. II. (5. Aufl. Berlin u. Leipzig 1927).
Hellwig:	Grenzen der Rückwirkung. (Gießen 1907).
Hémard:	Théorie et practique des nullités des sociétés et des sociétés de fait. (2. Aufl. Paris 1926).
Herbig:	Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen nach dem neuen Aktiengesetz. (In JW 1937, S. 851 ff.).
Hippel v.:	Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes. (Berlin 1931).
Horrwitz:	Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. (Berlin 1913).
Huber:	Die Nichtigkeit der Handelsgesellschaften und ihrer Beschlüsse in verwaltungsrechtlicher Betrachtung. (In: Verw.-Arch. Bd. 37, S. 1 ff.).
—	Wirtschaftsverwaltungsrecht. (Tübingen 1932).
Hueck:	Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaften. (Mannheim 1924).
Isay:	Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten. I. Bd. (Mannheim 1919).
Jakobi:	Grundlehren des Arbeitsrechts. (Leipzig 1927).
Jellinek, Walter:	Verwaltungsrecht. (3. Aufl. Berlin 1931).
—	Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung. (Festg. zur Feier des 50jährigen Bestehens des Preußischen OVG. Berlin. 1925).
—	Der fehlerhafte Staatsakt. (Tübingen 1908).
Kessler:	Die mangelhafte Aktiengesellschaft des nordamerikanischen Rechts als de facto corporation, corporation by estoppel und partnership — mit Berücksichtigung der französischen société de fait par action. (Ztschr. f. ausländ. und internat. Privatrecht. 3. Jahrg. 1929, S. 465 ff.).

Koenige-Teichmann-Köhler:	Handausgabe des Handelsgesetzbuches. (Mannheim 1929.)
Köhler v.:	Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. (Stuttgart, Berlin 1935).
Kormann:	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. (Berlin 1910).
Landsberg:	Die Bindung des Handelsregisterrichters an Prozeßurteile. (Bonner Diss. 1936).
Lehmann:	Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen. (In: ZHR. 50, 1 ff.).
Liebmann-Saenger:	Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. (7. Aufl., Berlin 1927).
Mayer, Otto:	Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage. (In: Arch. f. d. öff. Recht. Bd. III, S. 3 ff.).
—	Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. II (Leipzig 1896).
Mayer, Hildegard:	Beiträge zu der Lehre von der nichtigen offenen Handelsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Société de fait des französischen Rechts. (Breslauer Diss. 1933).
Müller-Erzbach:	Das Bergrecht Preußens. (Stuttgart 1917).
Neukamp-Becker:	Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. (5.—7. Aufl., Berlin 1922).
Prausnitz:	Rechtsschein und Wirklichkeit im Handelsregister. (In: ZHR. 96, 10 ff.).
Schlegelberger:	Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (4. Aufl., Berlin 1935. II. Bd.).
Scholz:	Kommentar zum GmbHGes. (Köln 1928).
Schreiber:	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. (München 1925).
Schulze v. Lasaulx:	Zur Fusion von Aktiengesellschaften und Genossenschaften. (In Iher. J. 79, 349 ff.).
Senden:	Prozeßrichter und Eintragungen im Handelsregister unter Berücksichtigung des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. 7. 1934. (RGBl. Teil I, S. 569.) (Bonner Diss. 1936).
Siber:	Das Buchrechtsgeschäft (Tübingen 1909).
Siebert:	Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände. (In: DJZ. 1935, S. 714 ff.).
Staub:	Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Bd. (§§ 1—105) bearbeit. v. Bondi. (§§ 105—178) bearbeit. v. Pinner. II. Bd. (§§ 178—342) bearbeit. v. Pinner. (12. u. 13. Aufl., Berlin u. Leipzig 1926).
Staudinger:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. (Allgem. Teil, erläut. v. Riezler. 10. Aufl. 1936).
Wieland:	Handelsrecht, Bd. I. (München, Leipzig 1921).
Wolff:	Das Sachenrecht. (9. Bearbeitung. Marburg 1932).

Ständige Abkürzungen:

AGes.	=	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. (Aktiengesetz) vom 30. Jan. 1937. (RGBl. I, S. 107).
Arch. f. d. öff. Recht	=	Archiv für das öffentliche Recht.
Arch. Ziv. Prax.	=	Archiv für die zivilistische Praxis.
Bank-Archiv	=	Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
DVO.	=	Durchführungsverordnung.
EGAGes.	=	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz.
Gruch.	=	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Iher.J.	=	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
KG.	=	Kammergericht.
KGJ.	=	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift.
OLG.	=	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Pr.OVG.	=	Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.
RG.	=	Reichsgericht.
RG.Bl.	=	Reichsgesetzblatt.
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
StEG.	=	Gesetz über Steuererleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften vom 5. 7. 1934 (RG.Bl. Teil I. S. 572).
UmwG.	=	Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. 7. 1934 (RG.Bl. Teil I. S. 569.)
Verw.-Arch.	=	Verwaltungs-Archiv.
WVR.	=	Wirtschaftsverwaltungsrecht.
ZBH.	=	Zentralblatt für Handelsrecht.
ZHR.	=	Ztschr. für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.

Einleitung.

Der Zweck der Arbeit ist, die Eintragungen in das Handelsregister bei Umwandlungen von Unternehmensformen zu untersuchen. Deshalb ist zunächst festzustellen, was überhaupt unter Umwandlung von Unternehmensformen zu verstehen ist. „Ein Unternehmen umwandeln heißt, ihm eine andere Form oder einen anderen Inhalt geben“[1]). Der Wechsel des Gegenstandes, des Zweckes eines Unternehmens aber bleibt in der vorliegenden Arbeit, in der es sich um Eintragungen bei Umwandlungen von Unternehmens f o r m e n handelt, außer Betracht.[2])

Die Umwandlung einer Unternehmensform, d. h. die Änderung der äußeren Rechtsform eines Unternehmens unter Beibehaltung des Unternehmens als eines organischen Ganzen[3]) kann auf verschiedene Art und Weise erfolgen.

Nach dem alten Rechte, d. h. nach dem Rechte, das bis zum Erlaß des UmwG. und des AGes.[4]) galt, konnte in den meisten Fällen nur nach allgemeinen Regeln umgewandelt werden. Das alte Recht machte dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach Änderung der Unternehmensform im allgemeinen keine rechtlichen Zugeständnisse, sodaß die Umwandlung dann meist nur wirtschaftlich eine solche darstellte, rechtlich aber aus anderen Vorgängen bestand.

Eine Änderung von Gesellschaftsformen war nämlich meist nur so möglich, daß das Vermögen im Wege der Einzelnachfolge von einer Gesellschaft auf eine bestehende oder nach allgemeinen Regeln neu zu gründende Gesellschaft einer anderen Rechtsform übertragen und die übertragende Gesellschaft in normaler Form aufgelöst wurde. Vielfach ergaben sich dann daneben noch Umwandlungsmöglichkeiten von Gesellschaftsformen „ohne weiteres aus der Wesensverwandtschaft der beiden Gesellschaften“[5]): Die Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft (OHG.) in eine

[1]) Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 1.
[2]) Vgl. Lehmann S. 1—5.
[3]) Düringer-Hachenburg § 332 Anm. 1.
[4]) In Kraft vom 1. Oktober 1937 ab (§ 1 EG. AGes.)
[5]) Boltz S. 286.

Kommanditgesellschaft (KG.) und umgekehrt, die Umwandlung einer OHG. oder KG. in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, oder die Umwandlung einer Gesamthandsgemeinschaft in eine OHG. oder KG.[5]) Hier handelte es sich aber auch nur um eine wirtschaftliche Umwandlung. Rechtlich lagen keine besonderen Umwandlungsvorgänge vor.

Es gab aber auch eine besondere, gesetzlich geregelte und erleichterte Umwandlung von Gesellschaftsformen, nämlich die Umwandlung einer Aktiengesellschaft (AG.) in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH.) nach §§ 80, 81 GmbHGes. Der Gesetzgeber wollte den Aktiengesellschaften den Übergang zu dieser neuen Gesellschaftsform — der GmbH. — erleichtern und hatte deshalb für diese Umwandlung rechtliche Zugeständnisse gemacht.[6]) Die Erleichterungen bestanden darin, daß keine Liquidation der umzuwandelnden AG. und kein Vermögensübergang im Wege der Einzelnachfolge notwendig war.

Ferner gab es im alten Rechte noch eine im Gesetz besonders geregelte und erleichterte Umwandlungsmöglichkeit, die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (KAG.) in eine AG. gemäß §§ 332 ff. HGB. Das neue Handelsgesetzbuch mußte bei seiner Behandlung der KAG. mit ihrer Umwandlung in eine reine AG. rechnen.[7]) Deshalb suchte es diese Umgestaltung zu erleichtern. Man könnte allerdings glauben[8]), die beiden Gesellschaften seien miteinander so wesensverwandt, daß eine Umwandlung der einen in die andere sich sowieso ohne weiteres ergeben habe. Nur wegen der durch das Ausscheiden der persönlich haftenden Gesellschafter bedingten Schlechterstellung der Gläubiger habe eine nähere Regelung dieses „an sich möglichen Umwandlungsfalles“ [8]) erfolgen müssen. Danach müßte diese Umwandlung zu den schon genannten Fällen gerechnet werden. Das Reichsgericht [9]) sah aber in § 332 HGB. eine „positiv rechtliche Sondervorschrift“. Es war auch tatsächlich eine Erleichterung dadurch gegeben, das die KAG. als AG. „fortbestand“ (§ 333 Abs. 3 HGB.[10]). Jedenfalls ist da-

[6]) Brodmann, GmbHGes. § 80 Anm. 1; Scholz § 80 I 2; Liebmann-Saenger § 80 Anm. 1.
[7]) Müller-Erzbach S. 326 unt. VI.
[8]) Vgl. Boltz S. 287.
[9]) JW. 1930, 2941.
[10]) Müller-Erzbach S. 326 unt. VI.

rauf als besonders im alten Gesetz als Umwandlung geregelten Fall hinzuweisen, zumal er auch den Ausgangspunkt für die im AGes. vorgenommene Erweiterung der Umwandlungsmöglichkeiten bildet.

Zu einer Änderung der Unternehmensform derart, daß an Stelle einer Gesellschaft eine Einzelperson oder umgekehrt, an die Stelle einer Einzelperson eine bestehende oder zu errichtende Gesellschaft tritt, wurde nach dem bis zum Erlaß des UmwG. und AGes. geltenden Recht immer ein Vermögensübergang im Wege der Einzelnachfolge und eine nach allgemeinen Regeln erfolgende Auflösung der übertragenden Gesellschaft bezw. möglicherweise eine normale Gründung einer neuen Gesellschaft verlangt.

Abgesehen also von den beiden erwähnten Fällen[11]) — der Umwandlung einer AG. in eine GmbH. und der Umwandlung einer KAG. in eine AG. — kannte das alte Recht keine gesetzlich geregelten und erleichterten Umwandlungsmöglichkeiten.

Das UmwG. hat nun zuerst den Rahmen der gesetzlich geregelten und erleichterten Umwandlungen von Unternehmensformen erweitert. Aus den bekannten wirtschaftspolitischen Gründen hat der Gesetzgeber die Umwandlungen von Gesellschaftsformen, nämlich die Umwandlungen von Kapitalgesellschaften[12]) in Personalgesellschaften besonders — nicht nur steuerrechtlich (§ 2 StEG. und §§ 2, 11, 2. DVO. z. StEG.), sondern gerade materiell-rechtlich — erleichtert. Zwei Hauptgruppen sind dabei zu unterscheiden: die verschmelzende Umwandlung (§ 2 UmwG.) und die

---

[11]) Boltz (S. 289) sprach auch bei der Fusion einer AG. mit einer KAG. oder umgekehrt (§§ 305, 306, 320 Abs. 3 HGB.) von einer Umwandlung. Aber Fusion und Umwandlung unterschieden sich zunächst durch die Bezeichnung. Dann aber war mit dem Begriff Fusion auch ein besonderer Sinn verbunden. Es handelte sich dabei nämlich — anders als bei der verschmelzenden Umwandlung nach dem UmwG. (vgl. u. S. 37) — an sich um die Verschmelzung von zwei wirtschaftlich verschiedenen Gesellschaften gegen Gewährung von Aktien der aufnehmenden Gesellschaft. Es war allerdings möglich, daß die aufnehmende Gesellschaft alle Aktien der untergehenden in Händen hatte, Aktien also nicht gewährt werden konnten. Das war aber ein Grenzfall. Das Gesetz ging jedenfalls davon aus, daß die beiden fusionierenden Gesellschaften doch in etwa unabhängig waren und Aktien gewährt wurden. Ferner ist bei der Fusion eine Änderung der Rechtsform nicht notwendig. Es können auch Gesellschaften derselben Rechtsform miteinander fusioniert werden.

[12]) AG. (§§ 2, 9 UmwG.), KAG. (§ 13 UmwG.), GmbH. (§ 14 UmwG.), bergrechtliche Gewerkschaft (§ 4 2. DVO. z. UmwG.).

errichtende Umwandlung (§ 9 UmwG.[13]). Bei ersterer besteht die Personalgesellschaft [14]) bereits, in die umgewandelt werden soll, während bei letzterer diese[15]) erst entsteht.[16]) In beiden Fällen handelt es sich um einen Wechsel der Gesellschaftsform, der sich nicht im Wege der nach allgemeinen Regeln erfolgenden Auflösung der umzuwandelnden Gesellschaft und eines Vermögensüberganges durch Einzelnachfolge von dieser auf eine bestehende Gesellschaft oder auf eine in normaler Form neu zu gründende Gesellschaft einer anderen Rechtsform vollzieht. Es sind vielmehr Erleichterungen gegeben. Sie bestehen darin, daß Liquidation der umzuwandelnden Gesellschaft, Vermögensübergang im Wege der Einzelnachfolge und, bei der errichtenden Umwandlung, eine nach allgemeinen Regeln erfolgende Neugründung einer Gesellschaft nicht nötig sind, sodaß, wie sich noch ergeben wird, rechtlich ein einheitlicher Umwandlungsvorgang vorliegt. Außer dieser Umwandlung von Gesellschaftsformen, der Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personalgesellschaften, gibt es nach dem UmwG. (§ 8 UmwG.) noch eine gesetzlich erleichterte Änderung von Unternehmensformen. Sie geschieht dadurch, daß das Vermögen einer Kapitalgesellschaft auf den Allein- oder Hauptgesellschafter übergeht.[17]) Dieser Vorgang entspricht der verschmelzenden Umwandlung insofern, als auch hier auf etwas Bestehendes — den Allein- oder Hauptgesellschafter — übertragen wird.[18]) Die Erleichterungen bestehen hier in dem Wegfall der Liquidation und des Vermögensüberganges im Wege der Einzelnachfolge.

Eine weitere Ausdehnung der gesetzlich geregelten und erleichterten Umwandlungsmöglichkeiten hat nach dem UmwG. das AGes. gebracht. Danach ist nunmehr eine gesetzlich erleichterte Umwandlung — nicht nur, wie nach dem alten Recht, einer KAG. in eine AG. und einer AG. in eine GmbH., sondern — von

[13]) Düringer-Hachenburg (§ 1 Anm. 4—7.)
[14]) OHG. (§ 2 UmwG.), KG. (§ 12 UmwG.)
[15]) OHG. (§ 11 UmwG.), KG. (§ 12 UmwG.), bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (§ 1 DVO. z. UmwG.)
[16]) Vgl. aber u. S. 41 ff.
[17]) Dieser kann eine natürliche oder juristische Person sein (§§ 11 und 14 2. DVO. z. UmwG.)
[18]) Der Unterschied, der, wie Düringer-Hachenburg (§ 8 Anm. 9) sagt, zu machen sei, je nachdem ob der Gesellschafter bereits ein Unternehmen habe oder nicht, ändert nichts daran, daß eine neue Form jedenfalls nicht gebildet werden soll.

Kapitalgesellschaften untereinander möglich,[19]) derart, daß aus einer Kapitalgesellschaft der Rechtsform nach eine andere Kapitalgesellschaft wird. Die Erleichterung besteht hier in Anknüpfung an die schon im alten Recht mögliche Umwandlung einer KAG. in eine AG. darin, daß die umzuwandelnde Gesellschaft in der neuen Rechtsform „fortbesteht". Liquidation und Auflösung der umzuwandelnden Gesellschaft, Gründung einer neuen Gesellschaft und auch Vermögensübergang, und zwar im Wege der Einzelnachfolge wie im Wege der Gesamtnachfolge, sind demnach bei dieser Umwandlung nicht möglich.[20])

Da durch die Bestimmungen des AGes. über die Umwandlung die §§ 332 ff. HGB. und 80, 81 GmbHGes. aufgehoben sind (§§ 18, 25 EG. AGes.), bestehen an gesetzlich geregelten und erleichterten Umwandlungsmöglichkeiten nach geltendem Recht die aufgeführten [21]) Umwandlungsmöglichkeiten nach dem UmwG. und nach dem AGes. Wenn nun auch diese Möglichkeiten derart zahlreich sind, daß sie in der Zukunft die Regel bilden werden [22]), so

[19]) So können umgewandelt werden: eine AG. in eine KAG. (§ 257 AGes.), eine KAG in eine AG. (§ 260 AGes.), eine AG. oder KAG. in eine GmbH. (§§ 263, 280 AGes.), eine GmbH. in eine KAG. oder AG. (§§ 283, 269 AGes.), eine Gewerkschaft in eine AG. oder KAG. (§§ 278, 287 AGes.). Von Umwandlungsmöglichkeiten, die sich ohne weiteres aus der Wesensverwandtschaft der Gesellschaften ergeben, kann natürlich hier überhaupt keine Rede sein; denn AG., KAG., GmbH. und Gewerkschaft sind nicht miteinander wesensverwandt, wie das vielleicht von der AG. und KAG. angenommen werden könnte.

[20]) Vgl. u. S. 41.

[21]) Die im AGes. an die Stelle der „Fusion" nach dem HGB. getretene „Verschmelzung", auch soweit sie zwischen zwei rechtlich verschiedenen Gesellschaften erfolgt, und zwar nicht nur, wie im HGB., die Verschmelzung zwischen einer AG. und KAG. oder umgekehrt (§ 248 AGes.), sondern darüber hinaus auch zwischen GmbH. und AG. oder KAG. (§ 249, 250 AGes.) und zwischen Gewerkschaft und AG. oder KAG. (§ 251, 252 AGes.), ist etwas anderes als Umwandlung. Wie zwischen Fusion und Umwandlung zu unterscheiden war, so ist jetzt nach dem AGes. zu unterscheiden zwischen Verschmelzung und Umwandlung. Denn das AGes. macht zwischen Verschmelzung und Umwandlung im 3. Buch zunächst rein begrifflich einen Unterschied. Dann stellt es aber auch ein Wesensmerkmal für die Verschmelzung auf, das bei der Umwandlung nicht gegeben ist, nämlich die Gewährung von Aktien (vgl. im übrigen o. S. 3 Anm. 11).

[22]) Von der Umwandlung nach dem UmwG. ist in der Praxis allerdings nicht der gewünschte Gebrauch gemacht worden (vgl. dazu die Angaben Schlegelbergers nach Fischer, DJZ. 1936, 799), da die steuerliche Belastung der Personalgesellschaft nicht unbedingt geringer als die der Kapitalgesellschaft war (vgl. dazu Fischer, DJZ. 1936, 924 ff.) Dem hat das Gesetz vom 29. August 1936 (RGBl. Teil I S. 701) Rechnung getragen und die Körperschaftssteuer erhöht. Damit dürfte aber nunmehr die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personalgesellschaften neuen Auftrieb erhalten. Deshalb ist

gibt es daneben aber auch weiterhin noch Fälle [23]), in denen nur nach allgemeinen Regeln, ohne besondere gesetzliche Erleichterung, umgewandelt werden kann. So ist die Umwandlung von Personalgesellschaften untereinander, die Umwandlung von Personalgesellschaften in Kapitalgesellschaften, die Umwandlung einer AG., KAG. oder GmbH. in eine Gewerkschaft, ferner die Umwandlung von Unternehmensformen derart, daß an die Stelle einer Personalgesellschaft eine natürliche Einzelperson oder an die Stelle einer natürlichen Einzelperson eine Personalgesellschaft oder Kapitalgesellschaft tritt, nicht besonders geregelt und erleichtert. Auf die Eintragungen in das Handelsregister bei diesen gesetzlich nicht geregelten und nicht erleichterten Umwandlungen soll aber in dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Der Zweck der Arbeit ist vielmehr, die Eintragungen in das Handelsregister bei den gesetzlich geregelten und erleichterten Umwandlungen[24]) von Unternehmensformen, also bei der Umwandlung nach dem AGes. und dem UmwG. zu behandeln,[25]) nämlich die Eintragung der Umwandlung bzw. des Umwandlungsbeschlusses[26]) und die Eintragung der bei der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG.

---

auch durch § 1 3. DVO. z. UmwG. vom 5. 12. 1936 (RGBl. Teil I S. 1003) die Frist, innerhalb deren diese Umwandlung vollzogen werden kann, über den 31. 12. 1936 (§ 1 Abs. 2 UmwG.) hinaus bis zum 31. 3. 1939 verlängert worden.

[23]) Ganz abgesehen von den Fällen gesetzlich nicht erleichterter Umwandlungen, die sich dann ergeben können, wenn die Voraussetzungen, die — insbesondere nach dem UmwG. — aufgestellt sind, damit eine erleichterte Umwandlung vorgenommen werden kann, nicht erfüllt sind.

[24]) Wenn im folgenden von der Umwandlung die Rede ist, so geschieht das der Einfachheit halber. Gemeint ist dann immer die gesetzlich erleichterte und geregelte Umwandlung.

[25]) Die Eintragungen bei den einzelnen Fällen der verschmelzenden und der errichtenden Umwandlung werden zusammen als Eintragungen bei der verschmelzenden oder errichtenden Umwandlung untersucht werden. Der Einfachheit halber wird nicht von der Eintragung bei der Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Allein- oder Hauptgesellschafter gesprochen werden. Für letztere Umwandlung gilt dasselbe wie für die Umwandlung in eine bestehende Personalgesellschaft, sodaß also in den Fall der Umwandlung in eine bestehende Personalgesellschaft auch der Fall der Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Allein- oder Hauptgesellschafter hier miteinbegriffen sein soll. Die Eintragungen bei den einzelnen Fällen der Umwandlung von Kapitalgesellschaften untereinander nach dem AGes. werden zusammen als Eintragungen bei der Umwandlung nach dem AGes. behandelt werden.

[26]) §§ 3, 4, 9, 11 UmwG.; §§ 4 Abs. 1, 5 2. DVO. z. UmwG. (in Verb. mit §§ 8, 12, 13, 14 UmwG.); §§ 259, 262, 265, 274, 281, 285 AGes.
In § 3 UmwG. spricht das Gesetz von der Eintragung der Umwand-

entstehenden Personalgesellschaft (§ 11 Abs. 1 2. Halbs. UmwG., § 8 Abs. 2 2. DVO. z. UmwG.).[27])

Die genannten Eintragungen sollen deshalb zum Gegenstande der Erörterung in dieser Arbeit gemacht werden, weil sie besondere dogmatische und sachliche Schwierigkeiten bieten, die

---

lung, in § 6 UmwG. aber von der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses. Für ein und denselben Fall — für die verschmelzende Umwandlung — sagt also das Gesetz scheinbar etwas Verschiedenes. Bei der errichtenden Umwandlung ist von der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses die Rede (§ 11 UmwG.), bei der Umwandlung nach dem AGes. dagegen von der Eintragung der Umwandlung (vgl. die eben angegebenen Paragraphen). Die Eintragung der Umwandlung wird wie ein eingetragener Beschluß gemäß § 144 Abs. 2 FGG. gelöscht (vgl. Böttcher-Meilicke S. 72). Eine ähnliche Erscheinung ist auch bei der Eintragung der Satzungsänderung zu vermerken. Obwohl gemäß § 277 Abs. 1 u. 3 HGB. — diesem entspricht jetzt der § 148 Abs. 1 u. 3 AGes. — und gemäß § 54 Abs. 1 u. 3 GmbHGes. die Änderung der Satzung eingetragen werden soll, spricht man allgemein (vgl. Staub-Pinner § 277 Anm. 7; Liebmann-Saenger § 54 Anm. 3; Hachenburg § 54 Anm. 11) von der Eintragung des satzungsändernden „Beschlusses". Ferner wird auch für die Löschung der Eintragung einer Satzungsänderung der § 144 Abs. 2 FGG., der von der Löschung eines Beschlusses redet, angewandt (Hachenburg § 54 Anm. 19; Koenige § 272 Anm. 2; Staub-Pinner § 277 Anm. 7). Die Eintragung der Änderung wird also gleichgesetzt mit der Eintragung des Änderungsbeschlusses (wenn Staub-Pinner — § 277 Anm. 1a — sagt, die Änderung der Satzung und nicht der Änderungsbeschluß müsse zur Eintragung angemeldet werden, so meint er damit nur, daß der Registerrichter die Feststellung der neuen Fassung der Satzung fordern könne. Er brauche diese nicht selbst zu konstruieren. Staub-Pinner sagt dann auch selbst — § 277 Anm. 7 —: Eintragung des Satzungsänderungsbeschlusses). Die Eintragung der Umwandlung wird gleichgesetzt mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses (wenn Düringer-Hachenburg — § 3 Anm. 19 — sagt, die „Umwandlung" solle eingetragen werden und nicht der Beschluß, so will er damit, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, eine Einschränkung ausdrücken. Es soll nicht der ganze Beschluß — vielleicht im Wortlaut des Gesetzestextes sogar —, sondern nur die Tatsache: durch Beschluß ist die Kapitalgesellschaft in die Personalgesellschaft umgewandelt, eingetragen werden). Die Berechtigung dieser Gleichstellung wird noch ersichtlich werden (vgl. u. S 32 u. 38). Im folgenden kann jedenfalls schon der allgemeinen Übung folgend einfach von der Eintragung der Umwandlung (oder von der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses) gesprochen werden.

[27]) Welche Eintragung bei der Umwandlung nicht eingetragener Gewerkschaften in eine AG. oder KAG. (§§ 278 f., 287 AGes.) erfolgen soll, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Das UmwG. hat für die Umwandlung nicht eingetragener Gewerkschaften Bestimmungen getroffen (§§ 5 ff. 2 DVO. z. UmwG.), wonach die Umwandlung nur dann einzutragen ist, wenn die Gewerkschaft selbst eingetragen ist (das sind solche Gewerkschaften, die ein Handelsgewerbe i. S. § 2 HGB. betreiben. Gewerkschaften älteren Rechts sind nach der herrschenden Praxis kraft eines Vorbehaltes in Art 5 EG. HGB. nicht eintragungsfähig — vgl. Böttcher-Meilicke S. 165 unt. 4. Bei nicht eingetragenen Gewerkschaften ist die Umwandlung nur durch das Oberbergamt zu bestätigen und bekanntzumachen, §§ 6 ff. 2 DVO. z. UmwG.).

noch nicht geklärt sind. Das soll hier geschehen. Dabei muß, wie bei jeder Erörterung über Eintragungen in das Handelsregister, ausgegangen werden von der Erkenntnis, daß die Tätigkeit des Registerrichters Verwaltungstätigkeit, die Eintragung in das Handelsregister ein Verwaltungsakt ist.[28]) Und da dieser Verwaltungsakt seine Wirkungen nicht im Verwaltungsrecht selbst zeitigt, sondern im Handelsrecht — die Eintragung dient der „Bekundung" und „Gestaltung" handelsrechtlicher und besonders auch gesellschaftsrechtlicher Verhältnisse —, so gehört er zu den zahlreichen Fällen[29]), in denen ein Akt des Staates nicht im Rechte des Staates selbst, nicht im Rechte seiner Verwaltung, sondern im Rechte anderer Gemeinschaften oder Ordnungen[30]) wirkt.[31]) Es handelt sich hier um „Wirtschaftsverwaltungsrecht".[32])

Ausgehend von dieser Erkenntnis soll im Anschluß an die Fragestellung bei Göppert, Huber und Senden als Hauptfrage die Frage gelöst werden, wie die Rechtslage sich gestaltet, wenn der Umwandlungsbeschluß nicht rechtswirksam ist, die Eintragung aber dennoch erfolgte. Ferner sollen insbesondere auch die praktischen Folgen der Rechtswirkung der Eintragungen bei Umwandlungen von Unternehmensformen und ihre jeweilige Tragbarkeit für das Wirtschaftsleben untersucht werden.

Die Eintragungen bei der Umwandlung, besonders die eben erwähnten Fragen können aber nicht behandelt werden, ohne auf

---

Auch bei der Verschmelzung nicht eingetragener Gewerkschaften mit anderen Gesellschaften besteht eine besondere Regelung (§ 251 Abs. 4 AGes.). Bei der Umwandlung einer solchen Gewerkschaft nach dem AGes. aber fehlt jegliche besondere Vorschrift über die Eintragung. Das Gesetz sagt hier im Gegensatz zu den anderen Umwandlungsfällen nach dem AGes., wo es heißt „ . . . Eintragung der Umwandlung . . . ", nur „Eintragung . . . " (§ 279 AGes.). Es ist wohl nur denkbar, daß die AG. oder KAG., in die die Gewerkschaft umgewandelt wird, einzutragen ist, in der Form vielleicht: AG. (oder KAG.) umgewandelt aus der Gewerkschaft. Im Text wird nicht besonders auf diese Eintragung eingegangen (vgl. allerdings u. S. 45 Anm. 175; 57 Anm. 203; 82 Anm. 265.

[28]) Vgl. dazu Göppert: Eintragungen S. 11 f., 28, Bank-Arch. S. 26, 28; Huber, WVR. S. 26, 28; Verw.-Arch. S. 2, 3, 4, 9 u. 38; Landsberg S. 1—4; Senden S. 7. Vgl. auch RGZ. Bd. 63 S. 238 u. Wieland Bd. I S. 223.

[29]) Vgl. dazu Bürckner.

[30]) Vgl. zu der Gliederung des Rechts die Niederschrift über die Arbeitstagung der Reichsfachgruppe Hochschullehrer BNSDJ am 21. u. 22. 12. 1935 (DJZ. 1936, 51,52).

[31]) Vgl. dazu Jakobi (besond. S. 413 ff.), der den Begriff „privatrechtsgestaltender Staatsakt". (S. 415) prägt. Vgl. auch Huber: Verw.-Arch. S. 1.

[32]) Huber, WVR. S. 3.

die anderen Eintragungen in das Handelsregister einzugehen. Nur im Zusammenhang mit den anderen Eintragungen können Wirkung und Bedeutung der Eintragungen bei der Umwandlung erkannt werden. Deshalb wird ein Überblick über die Eintragungen in das Handelsregister zu geben sein. Mancherlei bleibt da zu erklären und zu ergänzen, mancherlei gerade auch im Hinblick auf die Arbeiten Sendens und Landsbergs klarer herauszuarbeiten oder richtig zu stellen. Schließlich soll so versucht werden, einen gewissen systematischen Aufbau in den ganzen zur Erörterung stehenden Fragenkomplex zu bringen.

Erstes Kapitel.

Die Frage nach der Wirkung der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister als ein Ausschnitt aus dem Problem des fehlerhaften Staatsaktes.

§ 1. Notwendigkeit der Eintragung für die Umwandlung.

Die Eintragungen in das Handelsregister bei der Umwandlung haben, wie überhaupt alle Eintragungen[33]), als geringste Wirkung eine rechtsbekundende (deklaratorische). Wirkt eine Eintragung nur bekundend, so hat sie auf die Herbeiführung dessen, was sie aussagt, keinen Einfluss. Sie ist keine irgendwie geartete Voraussetzung der Rechtsänderung. Ohne die Eintragung, vollkommen unabhängig von ihr, tritt diese ein. Eine derartige Eintragung ist nur ein „feststellender Verwaltungsakt“[34]). Solche Eintragungen sind z. B. in den §§ 31, 32, 53, 106, 107, 125, 143, 144, 148, 161 HGB. und § 73 AGes. enthalten. Das folgt aus diesen Paragraphen, z. B. aus § 53 Abs. 1 S. 1 HGB.: „Die Erteilung der Prokura ist .... zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.“ Die Erteilung der Prokura! Etwas Vollendetes!

Die negative Feststellung, daß die Rechtsänderung ohne die lediglich rechtsbekundende Eintragung eintritt, ist hier wichtig. Auf die positive Wirkung der rein rechtsbekundenden und auch jeder anderen Eintragung, nämlich auf die Publizitätswirkung des § 15 HGB., die im übrigen auch erst in Verbindung mit der Bekanntmachung

[33]) Vgl. dazu Staub-Bondi, Anh. zu § 8 Anm. 13 u. 16; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Vorbem. z. 2. Abschnitt Anm. 3; Ehrenberg S. 622 unt. 2.
[34]) Vgl. Jellinek, Verw.-Recht S. 254.

der Eintragung eintritt[35]), und auf die Tatsache, daß die Eintragung eine Vermutung der Gesetzmäßigkeit und der sachlichen Richtigkeit, d. h. der Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen für sich hat, wird hier im einzelnen nicht eingegangen. Es sei nur betont, daß sich die Vermutung in diesem weiten Umfange[36]) aus der Erkenntnis ergibt, daß die Eintragung ein Verwaltungsakt ist[37]); denn jeder Verwaltungsakt hat die „Vermutung seiner Rechtmäßigkeit und Gültigkeit“[38]) für sich.

Weiter, als angegeben, würde die Wirkung einer rein rechtsbekundenden Eintragung in das Handelsregister nicht reichen. Vor allem könnte sie als rein bekundender Verwaltungsakt von anderen Behörden, insbesondere vom Prozeßrichter, in jeder Hinsicht nachgeprüft[39]), und die Vermutung, die sie hat, könnte wiederlegt werden.

Bei der Umwandlung hat nur die Eintragung der im Verlaufe der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. entstehenden Personalgesellschaft[40]) eine rein bekundende Wirkung.[41])

Die Eintragung der Umwandlung aber hat nicht nur eine im dargelegten Sinne rechtsbekundende, sondern eine darüber hinausgehende Wirkung. Diese ergibt sich aus dem Gesetz. Bei der verschmelzenden Umwandlung folgt sie aus § 4 UmwG. (in Verb. mit §§ 8, 12, 13, 14 UmwG. und § 4 2. DVO z.UmwG.). § 4 UmwG. lautet: „Mit der Eintragung[42]) geht das Vermögen der AG. einschließlich der Schulden auf die OHG. über. Die AG. ist damit aufgelöst. Einer besonderen Eintragung der Auflösung bedarf es nicht“. Gemäß §§ 8, 12, 13, 14 UmwG., §§ 4 Abs. 1, 5 2.DVO.z.UmwG. gilt Entsprechendes für die anderen Möglichkeiten der verschmelzenden

---

[35]) Staub-Bondi, Anh. zu § 8, Anm. 12; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Vorbem. z. 2. Abschn. Anm. 2.

[36]) Vgl. zu dem, was in der handelsrechtlichen Literatur, insbes. im Zusammenhang mit dem dem Registerrichter zustehenden Prüfungsrecht dafür und dagegen gesagt wird: Ehrenberg S. 535; Staub-Bondi, Anh. zu § 8, Anm. 11 u. 16; KG. in OLG. 9, 248 und 14, 159; Düringer-Hachenburg-Hoenniger, Vorbem. z. 2. Abschn. Anm. 3.

[37]) Vgl. dazu Senden S. 9 u. 10.

[38]) Jellinek, Festg. S. 117, Verw.-Recht S. 246, 252; PrOVG. 66,70 u. 67,231.

[39]) Jellinek, Verw.-Recht S. 247; Göppert, Eintragungen S. 11; Senden S. 7.

[40]) § 11 Abs. 2 Halbs. 2 UmwG., § 8 Abs. 2 2.DVO.z.UmwG.

[41]) Unten S. 44 Anm. 174 wird sich noch ergeben, daß diese Eintragung nicht die Entscheidungswirkung des § 5 HGB hat (vgl. dazu u. S. 39 Anm. 150).

[42]) Der Umwandlung nämlich (§ 3 UmwG.).

Umwandlung, sodaß sich also mit der Eintragung[43]) folgende Vorgänge vollziehen:

1. der Übergang des Vermögens von der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft auf die bestehende Personalgesellschaft und
2. die Auflösung der Kapitalgesellschaft, d. i. hier der Untergang der Kapitalgesellschaft.[44])

Die über die rechtsbekundende hinausgehende Wirkung der Eintragung der errichtenden Umwandlung folgt aus den §§ 9, 11 Abs. 2, 4, 12, 13, 14 UmwG. Danach vollziehen sich „mit" der Eintragung[45]) des Umwandlungsbeschlusses folgende Vorgänge[46]):

1. Entstehung der Personalgesellschaft (§ 11 Abs. 2 UmwG.),
2. Übergang des Vermögens von der Kapitalgesellschaft auf die Personalgesellschaft (§ 4 S. 1 UmwG.) und
3. Auflösung, d. i. Untergang der Kapitalgesellschaft[44]) (§ 4 S. 2 UmwG.).

Bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften untereinander ist die über die rechtsbekundende hinausgehende Wirkung der Eintragung der Umwandlung aus den §§ 259, 262, 265, 274, 279, 281, 285, 287 Abs. 2 AGes. zu entnehmen. § 259 AGes. lautet: „Von der Eintragung der Umwandlung an besteht die Gesellschaft[47]) als KAG. weiter. Die persönlich haftenden Gesellschafter haften den Gläubigern der Gesellschaft auch für die bereits bestehenden Verbindlichkeiten unbeschränkt". Dem ersten Satz des § 259 AGes. entsprechend lautet auch jeweils der erste Satz der übrigen Paragraphen [48]). In den folgenden Sätzen sind dann Bestimmungen enthalten, die jeweils durch den Wechsel der Gesellschaftsform bedingt sind. So sagt § 262 S. 2 AGes. (Umwandlung einer KAG. in eine AG.): „Die persönlich haftenden Gesellschafter scheiden aus der Gesellschaft aus; ihre Haftung für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft bleibt unberührt." § 265 (Umwandlung einer AG. in eine GmbH.) fährt nach dem ersten Satz fort: „Das Grundkapital ist zum Stammkapital, die

[43]) bzw. mit der Bekanntmachung der oberbergamtlichen Bestätigung bei der nicht eingetragenen Gewerkschaft (§§ 6, 8 Abs. 1 2. DVO. z. UmwG.).
[44]) Vgl. Düringer-Hachenburg § 4 Anm. 16.
[45]) bzw. mit der Bekanntmachung der oberbergamtl. Bestätigung (§§ 6, 8 Abs. 2 2. DVO. z. UmwG.).
[46]) Vgl. dazu aber u. S. 41 ff.
[47]) Die Aktiengesellschaft nämlich.
[48]) § 287 Abs. 2 AGes. verweist auf § 285 AGes.

Aktien sind zu Geschäftsanteilen geworden; die an einer Aktie bestehenden Rechte Dritter bestehen an dem an die Stelle tretenden Geschäftsanteil weiter ....." Entsprechendes bestimmen dann auch die übrigen Paragraphen.

Von der Eintragung der Umwandlung an ist also folgendes gegeben:

1. Die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft besteht in der Rechtsform einer anderen Kapitalgesellschaft weiter;
2. die dadurch bedingten Veränderungen sind eingetreten.

Das, was sich mit der Eintragung vollzieht, oder was von der Eintragung an gegeben ist, macht jeweils die Umwandlung — Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine bestehende oder in eine zu errichtende Personalgesellschaft oder die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft — aus.

Wenn nun das Gesetz sagt, „mit" der Eintragung oder „von" der Eintragung „an" sei die Umwandlung eingetreten, so bedeutet das zunächst einmal etwas Negatives, nämlich, daß ohne die Eintragung jedenfalls nicht umgewandelt, daß sie insofern für die Herbeiführung der Rechtsänderung, der Umwandlung, notwendig ist. Der im Gesetz zur Herbeiführung der Umwandlung vorgesehene Umwandlungsbeschluß genügt nicht.

Damit steht die Eintragung der Umwandlung im Gegensatz zu der Eintragung, die nur bekundend wirkt und als solche keinen Einfluß auf die Herbeiführung der Rechtsänderung hat.[49])

§ 2. Die verwaltungsrechtliche Frage nach der Abhängigkeit der Eintragung von dem Umwandlungsbeschluß.

Nachdem bisher festgestellt worden ist, daß die Eintragung der, Umwandlung in das Handelsregister nicht nur rechsbekundend sondern auch derart wirkt, daß ohne sie die Umwandlung nicht vollzogen ist, taucht nunmehr die Frage auf, ob die Eintragung

[49]) Daraus folgt noch eine Besonderheit für die Publizitätswirkung des 15 § HGB., die bei der lediglich rechtsbekundenden Eintragung nicht zu verzeichnen ist. Zu der einzutragenden Tatsache nämlich, auf deren Kenntnis oder Unkenntnis es ankommt, gehört hier auch die Eintragung selbst (Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 15 Anm. 11; Ehrenberg S. 625; Göppert: Eintragungen S. 4). Denn mit der Eintragung ist erst die Umwandlung erfolgt.

noch eine weitergehendere Wirkung hat, ob nämlich mit ihr unabhängig vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen umgewandelt ist. Das wäre in der Stufenfolge der denkbaren Rechtswirkungen der Eintragungen in das Handelsregister die dritte, letzte und stärkste Wirkung, die diese in Bezug auf eine Rechtsänderung haben könnten. Diese Stufenfolge sieht also folgendermaßen aus:

1. Die Rechtsänderung tritt ohne die Eintragung ein.
2. Die Rechtsänderung tritt mit der Eintragung ein, jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen.
3. Die Rechtsänderung tritt mit der Eintragung ein, unabhängig von bestimmten Voraussetzungen.

Diese letzte und stärkste Wirkung folgt aus dem Charakter der Eintagung als Verwaltungsakt. Verwaltungsakte haben als geringste Wirkung die Vermutung ihrer Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich. Darüber hinaus aber — und damit wird ein verwaltungsrechtliches Problem, nämlich das Problem des fehlerhaften Staatsaktes, berührt — sind die Verwandlungsakte erstens vielfach unabhängig von der Gesetzlichkeit ihrer Vornahme,[50]) d. h. vom Vorliegen der formellen Voraussetzungen (Form, Zuständigkeit, Behörde usw.)[51]), und zweitens vor allem unabhängig vom Vorliegen der materiellen, der sachlichen Voraussetzungen[52]) ihres Erlasses. Dann sind die Voraussetzungen nur die Bedingung dafür, daß der Verwaltungsakt vorgenommen werden darf, nicht aber dafür, daß er wirkt[53]). Für den Erlaß eines zur Herbeiführung einer Rechtsänderung erforderlichen Verwaltungsaktes und damit auch für die Herbeiführung der Rechtsänderung sind die Voraussetzungen vorgesehen, aber sie sind nicht dazu erforderlich, daß der Verwaltungsakt die Rechtsänderung herbeiführt. Diese bewirkt der Verwaltungsakt vielmehr aus sich heraus.

Es soll nun im folgenden nicht untersucht werden, von welchen Voraussetzungen überhaupt[54]) der in Frage stehende Verwaltungsakt der Eintragung in das Handelsregister unabhängig sein kann; denn: „Soweit die Eintragung als solche rechtliche Mängel aufweist, ist

[50]) Jellinek, Festg. S. 117 u. Verw.-Recht S. 246.
[51]) Jellinek, Verw.-Recht S. 269 ff.
[52]) Huber, Verw.-Arch, S. 8; Jellinek, Verw.-Recht S. 277; vergl. auch v. Köhler S. 184.
[53]) Hellwig S. 28.
[54]) Mangel der Form, unzuständige Behörde usw.

das Problem der Fehlerhaftigkeit eines Staatsaktes in einer Lagerung gegeben, in der es in der Literatur häufig behandelt worden ist“[55]). Die Frage aber, wie es ist, wenn der gesellschaftsrechtliche Akt, der Akt der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft als der bei der Umwandlung typisch Beteiligten, nämlich der Umwandlungsbeschluß, fehlt oder nichtig ist[56]), ob trotz seines Fehlens die Eintragung die Umwandlung aus sich heraus herbeiführt, stellt sich als besonders interessanten Ausschnitt aus dem Problem des fehlerhaften Staatsaktes dar. Deshalb ist gerade dieser Ausschnitt aus dem Problem des fehlerhaften Staatsaktes zu behandeln.

---

[55]) Huber, Verw.-Arch. S. 7; vgl. dazu z. B. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und Verw.-Recht S. 268 ff.

[56]) Wenn die Mitwirkungshandlung „fehlt“, ist der Staatsakt fehlerhaft und dann taucht das Problem des fehlerhaften Staatsaktes, d. h. die Frage nach der besonderen Widerstandsfähigkeit des Staatsaktes auf. (Vgl. dazu Otto Mayer, Arch. f. öff. Recht S. 47 Anm. 66; Jellinek, Verw.-Arch. S. 249 unt. 2, S. 250 ff., 271 unt. b, α; Festg. S. 96, 107, 117; Kormann S. 273; v. Köhler S. 185; Huber, Verw.-Arch. S. 11 ff., 6). Dabei stehen sich rechtliches Fehlen, d. h. Nichtigkeit, und tatsächliches Fehlen der Mitwirkungshandlung gleich (Korman S. 273; Jellinek, Festg. S. 106; vgl. auch Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt S. 82, Verwaltungsrecht S. 271 unt. b, α; Huber, Verw.-Arch. S. 8). Wenn Landsberg (S. 38 Anm. 162) darauf hinweist, daß eine Fehlerhaftigkeit der Mitwirkungshandlung — worunter, wie sich aus seiner Verweisung auf Jellinek (Verwaltungsrecht S. 250 ff. und 271) ergibt, Nichtigkeit verstanden werden soll, wie sie z. B. bei Verstoß gegen bloße Sollvorschriften (vgl. z. B. Hueck S. 13/14) oder bei Vorliegen solcher Fehler, die nur die Anfechtbarkeit der Mitwirkungshandlung begründen, gegeben ist — den Verwaltungsakt nicht rechtsunwirksam mache, so sagt er etwas Selbstverständliches. Wenn er aber andererseits meint, das Fehlen der Mitwirkungshandlung mache den Staatsakt unwirksam, so ist das gerade das Problem des fehlerhaften Staatsaktes. Landsberg verkennt dieses Problem. Er spricht zwar an der angegebenen Stelle vom „zweiseitigen Verwaltungsakt“, meint aber damit nicht etwa — wie Jellinek (vgl. u. S. 21 Anm. 68) — den mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt, der abhängig ist von der Mitwirkung, sondern — wie auch Huber (Verw.-Arch. S. 9) — schlechthin den mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt. Das ergibt sich daraus, daß er die Eintragung der AG. oder GmbH. als unabhängig von der Mitwirkungshandlung ansieht (S. 38 Anm. 160), aber dennoch — gerade im Gegensatz zu Jellineks Terminologie — diese Eintragung an der fraglichen Stelle zu den zweiseitigen Verwaltungsakten rechnet. Und wenn er sich somit selbst widerspricht, so beweist das nur, daß er nicht klar erkannt hat, worin das Problem des fehlerhaften Staatsaktes besteht.

Zweites Kapitel.

Das Problem des fehlerhaften Staatsaktes an Hand von einschlägigen Beispielen.

Die Lösung der aufgeworfenen Frage, inwieweit die Wirksamkeit der Eintragung der Umwandlung von dem Umwandlungsbeschluß abhängig ist, wird erleichtert, wenn an Hand von einschlägigen Beispielen — möglichst aus dem Gesellschaftsrecht selbst — die verschiedenen Möglichkeiten des Verhältnisses von Verwaltungsakt und Mitwirkungshandlung, d. h. wenn die verschiedenen inhaltlichen Wirkungen der Verwaltungsakte und der dabei möglicherweise vorgesehenen Mitwirkungshandlungen, dann die Art der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes bei Fehlen der Mitwirkung und schließlich die verschiedenen Möglichkeiten der Lösung der Frage — des Problems des fehlerhaften Staatsaktes —, ob der Verwaltungsakt von einer gültigen Mitwirkungshandlung abhängig ist oder nicht, aufgezeigt werden. Das soll im folgenden geschehen.

§ 3. Einseitiger und antragsbedingter Verwaltungsakt.

Die Verwaltungsbehörden können allein, ohne jegliche Mitwirkung anderer, Rechtsänderungen herbeiführen. In einem solchen Falle liegt ein einseitiger Verwaltungsakt vor.

Für das Verwaltungsrecht ist der einseitige Verwaltungsakt die typische Rechtshandlung.[57]) Denn die an der jeweiligen Gemeinschaft oder Ordnung typisch Beteiligten sind dazu berufen, im Rechte der jeweiligen Gemeinschaft oder Ordnung rechtliche Gestaltungen herbeizuführen. Die an der Verwaltung typisch Beteiligten

[57]) Jellinek, Verw.-Recht S. 249 unt. 2.

sind aber die Verwaltungsbehörden. Einseitige Verwaltungsakte können aber auch in anderen Rechtsgebieten Rechtsänderungen bewirken. Die Aufgabe des Staates macht es in besonderen Fällen nötig, daß der Staat von sich aus eingreift. So kann z. B. der Registerrichter als Verwaltungsbehörde eine AG. oder GmbH. unter gewissen Voraussetzungen gemäß § 144 Abs. 1 FGG. auflösen. Hier wird dann der an sich geltende Grundsatz, daß im Bereiche der einzelnen Ordnungen oder Gemeinschaften die jeweilig daran typisch Beteiligten in erster Linie rechtlich handeln, durchbrochen. Denn typisch beteiligt sind die Gesellschaften bzw. die Gesellschafter. An die Stelle ihrer Rechtshandlungen tritt der Verwaltungsakt des Registerrichters, ohne daß die Gesellschaft auch nur in irgend einer Form mitzuwirken brauchte.[58])

In der Regel sind aber, wenn überhaupt für die Herbeiführung einer Rechtsänderung außerhalb des Verwaltungsrechts ein Verwaltungsakt vorgesehen ist, die typisch Beteiligten — im Gesellschaftsrecht die Gesellschaften oder Gesellschafter — doch nicht so völlig ausgeschaltet wie beim einseitigen Verwaltungsakt[59]), für den als hier interessierendes Beispiel die Löschung gemäß § 144 Abs. 1 FGG. genannt worden ist. Vielmehr wirken sie meist bei der Gestaltung der eignen Rechtsverhältnisse auch trotz eines dazu erforderlichen Verwaltungsaktes irgendwie mit, sodaß kein einseitiger Verwaltungsakt vorliegt, sondern ein zweiseitiger — im wörtlichen Sinne, ohne die in der verwaltungsrechtlichen Terminologie von einigen daran geknüpfte Bedeutung — insofern nämlich, als außer der Behörde noch ein Beteiligter handeln soll.

Das Mindeste nun, was überhaupt als rechtliche Mitwirkung bei einem Verwaltungsakt in Frage kommt, ist ein Antrag der Beteiligten.

Der Antrag läuft darauf hinaus, „den Gang der Staatsmaschine in Bewegung zu setzen“[60]). Er bezweckt den „Erlaß“ des Verwaltungsaktes. Unmittelbar ist er also lediglich auf den Verwaltungsakt, auf dessen Herbeiführung gerichtet. Der Erfolgswille der Verwaltungsbehörde dagegen geht unmittelbar dahin, die Rechts-

[58]) Ob aber andere Voraussetzungen, z. B. die Fehler, die zur Löschung berechtigen, wirklich gegeben sein müssen, ist eine andere Frage. Vgl. dazu u. S. 77 Anm. 257.

[59]) Vgl. dazu auch Staub-Bondi, Anh. zu § 8 Anm. 5.

[60]) Jellineck, der fehlerhafte Staatsakt S. 68.

änderung herbeizuführen. Diese beruht auch „ausschließlich auf der behördlichen Verfügung“[61]). Der Verwaltungsakt ist hier genau wie der einseitige Verwaltungsakt ausschließlich das Element, auf den die Rechtsänderung zurückzuführen ist. Das „Wirkende“ ist der Wille des Staates[62]). Der Antrag gehört nur zu dem Verfahren, in dem der Verwaltungsakt erlassen werden soll. Er ist verfahrensrechtlicher Natur[63]) und zwar derart, daß der Verwaltungsakt verfahrensrechtlich nur bei seinem Vorliegen zulässig sein soll. Der Unterschied des antragsbedingten Verwaltungsaktes gegenüber dem rein einseitigen Verwaltungsakt besteht also lediglich darin, daß bei ersterem ein solcher verfahrensrechtlicher Akt vorgesehen ist, bei letzterem aber nicht. Das Gemeinsame beider Verwaltungsakte liegt aber darin, daß die Rechtsänderung ausschließliche Wirkung des Verwaltungsaktes ist.

Typische Beispiele für den Verwaltungsakt, der verfahrensrechtlich nur auf Antrag der Beteiligten zulässig ist, finden sich vor allem im Verwaltungsrecht selbst, nämlich die Anstellung im Staatsdienst oder die Entlassung daraus[64]). Die Rechtswirkung, die Anstellung oder Entlassung eines Beamten, beruht ausschließlich auf dem Verwaltungsakt, mag auch ein Antrag des zu Ernennenden oder Entlassenden vorgesehen sein. Denn dieser Antrag ist nur auf den Erlaß des Verwaltungsaktes der Ernennung oder Entlassung gerichtet. Im Handelsrecht sind Beispiele für den antragsbedingten Verwaltungsakt die zahlreichen Eintragungen in das Handelsregister, die auf Anmeldung hin ergehen sollen. Die Anmeldung entspricht dem Erfordernis eines Antrags[65]). Auch sie ist nur auf Erlaß des Verwaltungsaktes abgestellt, also verfahrensrechtlicher Natur. Die Wirkungen, die die Eintragungen dann haben, sind ihre unmittelbare Wirkungen und nicht solche der Anmeldung. Wenn, was hier interessiert, die Eintragung insofern rechtsändernd wirkt, als eine Rechtsänderung ohne sie jedenfalls nicht eintritt, mögen auch noch sonstige Voraussetzungen erfüllt werden müssen oder nicht, dann beruht diese Rechtswirkung der Eintragung nicht auf der Anmeldung sondern ausschließlich auf

[61]) Siber S. 125 unt. a.
[62]) Otto Mayer, Verw.-Recht S. 221.
[63]) Siber S. 125, Jellinek, Verw.-Recht S. 271.
[64]) Jellinek, Verw.-Recht S. 251.
[65]) Huber, Verw.-Arch. S. 5.

der Eintragung. Ob aber die Rechtsänderung selbst ausschließliche Wirkung des Verwaltungsaktes ist, wie bei der Anstellung oder Entlassung eines Beamten, das zu klären, ist Aufgabe der im Gange befindlichen Untersuchung und kann nicht schon an dieser Stelle entschieden werden. Denn es gibt für den Verwaltungsakt der Eintragung noch zu besprechende besondere gesellschaftsrechtliche Mitwirkungen, deren inhaltliche Bedeutung sich nicht nur auf das Verfahren, sondern auch unmittelbar auf die Rechtsänderung erstreckt, sodaß dadurch auch die inhaltliche Bedeutung des Verwaltungsaktes der Eintragung beeinflußt wird, während bei dem Verwaltungsakt, der im Verwaltungsrecht selbst wirkt, die einzige[66]) Mitwirkung verfahrensrechtlicher Natur ist und infolgedessen nach dem, was bisher gesagt wurde, die inhaltliche Bedeutung des Verwaltungsaktes schon bestimmt ist. Es kam hier nur darauf an, festzustellen, daß es wie im Verwaltungsrecht auch in anderen Rechtsgebieten und zwar im Handelsrecht Verwaltungsakte gibt, deren inhaltliche Bedeutung die ist, daß die Rechtswirkung ausschließlich auf dem Verwaltungsakt beruht, für ihren Erlaß aber ein bestimmtes Verfahren in Form eines Antrags bzw. einer Anmeldung vorgesehen ist. Es kam darauf an, die verfahrensrechtliche Natur des Antrags bzw. der Anmeldung zu erkennen.

Die Frage, inwieweit der Verwaltungsakt von einem Antrag abhängig ist, ob also die fehlende oder rechtsunwirksame Mitwirkung in Form des Antrags den Verwaltungsakt unwirksam macht, ist noch nicht beantwortet. Auf Grund der eben gewonnenen Erkenntnis der inhaltlichen Bedeutung des Verwaltungsaktes und des Antrags sind wir aber der Lösung dieser Frage näher gekommen. Da die fragliche Mitwirkung verfahrensrechtlicher Natur ist, bedeutet ihr Fehlen einen verfahrensrechtlichen Mangel[67]). Dieser Mangel interessiert in dieser Arbeit, wo es sich, wie noch ersichtlich werden wird, um das Fehlen einer ganz anders gearteten Mitwirkung handelt, nur insofern, als diese Betrachtung dazu führen kann, das, worauf es für alle Fälle ankommt, aber auch das Andersgeartete der noch zu behandelnden Mitwirkungshandlungen und, bei ihrem Fehlen, das Andersgeartete der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes zu sehen und klare Unterscheidungen zu treffen.

[66]) Vgl. u. S. 22 Anm. 75
[67]) Jellinek, Verw.-Recht S. 271 unt. b.

Es spricht, entgegen der Ansicht Jellineks[68]), der als „gröbsten aller Verstöße" den Mangel an Beteiligung des „Untertans" in Form des Antrags bezeichnet[69]), manches dafür, den Verwaltungsakt, der auf Antrag hin ergehen soll, als unabhängig von dieser Mitwirkungshandlung zu betrachten. Denn, wie durchaus anerkannt wird, muß der Verwaltungsakt möglichst widerstandsfähig sein. Und gerade da, wo die rechtliche Wirkung ausschließlich auf dem Verwaltungsakt beruht, mag der Verwaltungsakt trotz Fehlens der verfahrensrechtlichen Mitwirkungshandlung als gültig angesehen werden.[70]) Wie dem auch sei, eine Entscheidung für den hier zu erörternden Fall des Verwaltungsaktes der Eintragung der Umwandlung ist damit noch nicht getroffen; denn diese hängt wesentlich von der hier vorgesehenen, besonders gearteten gesellschaftsrechtlichen Mitwirkung ab. Aus dem Gesagten konnte aber ersehen werden, — und das ist für die weiteren Erörterungen wichtig, — wie sich aus der inhaltlichen Wirkung der beiden Akte Gründe dafür ergeben, daß der Verwaltungsakt auch bei Fehlen der Mitwirkungshandlung als gültig angesehen wird.

Was nun die verfahrensrechtliche Mitwirkung bei dem Verwaltungsakt der Eintragung im Handelsregister angeht, so ist diese nicht derart Gegenstand der Untersuchung gewesen, wie die verfahrensrechtliche Mitwirkung bei dem Verwaltungsakt, der im Verwaltungsrecht selbst wirkt, und zwar deshalb nicht, weil die Eintragung nicht als Verwaltungsakt erkannt und demnach auch bei Fehlen der Anmeldung nicht unter dem Gesichtspunkt des fehlerhaften Staatsaktes betrachtet worden ist. Dennoch ist fest-

[68]) Jellinek unterscheidet für das Verwaltungsrecht, wenn der Verwaltungsakt nicht einseitig ist, zwischen „Verwaltungsakt auf Unterwerfung" und „zweiseitigem Verwaltungsakt" (Verwaltungsrecht S. 249 unt. 2), d. h. zwischen einem Verwaltungsakt, der unabhängig (Festg. S. 106, 117, Verwaltungsrecht S. 250) und einem solchen, der abhängig (Festg. S. 117, Verwaltungsrecht S. 249, 250 ff.) von einem nicht-ordnungsmäßigen Antrage, von dessen Fehlen sei, und sagt, daß gerade der letztere, der zweiseitige Verwaltungsakt, die Regel sei. (Festg. S. 115, Verwaltungsrecht S. 252).

[69]) Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt S. 33.

[70]) So auch schon Otto Mayer (Arch. f. öff. R. S. 47 Anm. 66, Verwaltungsrecht S. 221, 222). Er anerkennt nur den „Verwaltungsakt auf Unterwerfung". Ebenso Kormann S. 272. Neuerdings auch der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg (S. 269, 270) und insbes. auch v. Köhler (S. 184, 185). Dieser nennt ihn, wie auch Huber, — Verw.-Arch. S. 9 — im Gegensatz zu Otto Mayers und Jellineks Terminologie, zweiseitigen Verwaltungsakt. Zweiseitig eben insofern, als außer dem Staat noch ein anderer beteiligt werden soll.

zustellen, daß die Eintragung nach Möglichkeit trotz Fehlens einer ordnungsmäßigen Anmeldung zu halten versucht wird. Sachlich richtige Eintragungen, die ohne Anmeldung erfolgen, seien, so sagt Staub-Pinner[71]), in der Regel nicht zu löschen. Mindestens gelte das schlechthin für rechtsbekundende Eintragungen[72]). Bloße Formmängel, so meint das KG., rechtfertigten eine Löschung nicht[73]). Die hier bemerkbare Tendenz ist aber in der Erkenntnis, daß die Eintragung ein Verwaltungsakt ist, erst recht richtig. Man darf sie dann nicht auf die rechtsbekundende Eintragung beschränken[74]). Vielmehr muß sie, wie im übrigen für alle Verwaltungsakte, auch für die Eintragung allgemein anerkannt werden.

§ 4. Der einer besonderen gesellschaftsrechtlichen Mitwirkung bedürftige Verwaltungsakt.

Das Verwaltungsrecht kennt nur entweder den einseitigen oder den antragsbedingten Verwaltungsakt. Eine stärkere Mitwirkung anderer ist dort nicht denkbar.[75]) Denn die Verwaltungsbehörden können aus dem Gebiete ihres ureigensten Rechts nicht durch sonstige Beteiligte verdrängt werden. Wenn ein Beteiligter hier überhaupt irgendwie an dem Verwaltungsakt mitwirken soll, so kann er höchstens verfahrensrechtlich, in Form eines Antrags beteiligt werden.

In anderen Rechtsgebieten aber, und so auch im Gesellschaftsrecht, ist eine stärkere Mitwirkung am Verwaltungsakt möglich und auch die Regel. Denn die „Mitwirkung" ist hier an sich ja die typische Rechtshandlung. Es gibt zwar Fälle — gerade die Auflösung juristischer Personen ist charakteristisch dafür[76]) —, wo die Rechtshandlung der typisch Beteiligten vollkommen verdrängt wird oder wo sich ihre Mitwirkung nur auf eine verfahrensrechtliche Mitwirkung am Verwaltungsakt beschränkt. Meist finden sich aber in Rechtsgebieten außerhalb des Verwaltungsrechts besondere Mitwirkungen der Beteiligten, Mitwirkungen, die gerade für

[71]) Anh. zu § 8 Anm. 5.
[72]) Vgl. auch KGJ. 48, 115; OLG. 43, 202.
[73]) DJZ. 1913, 413.
[74]) Vgl. dazu auch Prausnitz S. 23 f.
[75]) Vgl. Jellinek, Festg. S. 105 ff.
[76]) Bürckner S. 21 unter II.

das jeweilige Rechtsgebiet typisch sind. Im Gesellschaftsrecht[77]) ist diese besondere Mitwirkung eine gesellschaftsrechtliche Mitwirkung. Es gibt zwei bezeichnende Fälle dieser gesellschaftsrechtlichen Mitwirkung, nämlich der Abschluß eines Gründungsaktes und die Fassung eines Verbandsbeschlusses.

Das Gemeinsame dieser gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungen besteht darin, daß sie ihrer inhaltlichen Bedeutung nach nicht lediglich auf Erlaß des Verwaltungsaktes gerichtet sind und so nur einen Teil des Verfahrens bilden, in dem dieser zu erlassen ist. Sie sind vielmehr unmittelbar in gewisser Beziehung auf die Gestaltung gesellschaftsrechtlicher Verhältnisse, auf Rechtsänderungen im Gesellschaftsrecht abgestellt, und diese Gestaltung beruht auch in gewisser Beziehung auf ihnen. So sind diese gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungen nicht verfahrensrechtliche Voraussetzung des Verwaltungsaktes der Eintragung in das Handelsregister, sondern sachliche Voraussetzung.[78]) Das ist das diesen Mitwirkungen Gemeinsame. Ein Unterschied besteht aber darin, daß die einzelnen inhaltlichen Wirkungen dieser Mitwirkungshandlungen einerseits und der Verwaltungsakte der Eintragung andererseits verschieden sein können. Damit aber kann auch die Lösung des Problems des fehlerhaften Staatsaktes, die Lösung der Frage, ob die gesellschaftrechtliche Mitwirkung zur Gültigkeit des Verwaltungsaktes erforderlich ist oder nicht, jeweils verschieden ausfallen.

I. Die Eintragung einer AG. oder GmbH. in das Handelsregister.

Eine besondere gesellschaftsrechtliche Mitwirkung bei dem Verwaltungsakt der Eintragung in Form eines Gründungsaktes[79])

---

[77]) In anderen Rechtsgebieten, z. B. bei der Adoption der Adoptionsvertrag neben der gerichtlichen Bestätigung (§ 1754 Abs. 2 BGB.) oder beim Erwerb von Grundstücken die Einigung neben der Eintragung in das Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB.).

[78]) Vgl. Huber, Verw.-Arch. S. 6, 8 u. WVR. S. 279.

[79]) Huber (Verw.-Arch. S. 4) spricht von dem Abschluß eines Gründungsvertrages. Es ist aber wohl richtiger, mit der herrschenden Lehre, die im Anschluß an Gierkes Genossenschaftstheorie den Vereinigungsakt bei einer AG. oder GmbH. nicht als Vertrag, sondern als einen Gesamtakt ansieht, von einem Gründungsakt zu sprechen (vgl. dazu Gierke S. 209; Staub-Pinner § 189 Anm. 20).

gibt es bei der Entstehung einer AG. oder GmbH.[80])[81]) Dieser Gründungsakt ist unmittelbar darauf gerichtet, die AG. oder GmbH. zu gestalten. Die besondere Ausgestaltung der AG. oder GmbH., ihre jeweiligen Einzelheiten (z. B. Firma, Gegenstand des Unternehmens, Höhe des Grundkapitals usw.) beruhen auf ihm. Der Gründungsakt schafft die Einzelheiten der Rechtsänderung. Insofern ist er an der Rechtsänderung beteiligt, eine sachliche Voraussetzung für diese. An den Gründungsakt schließt sich aber der Verwaltungsakt der Eintragung an.[82]) Erst mit dieser Eintragung entsteht die AG. oder GmbH. (§§ 34 Abs. 1 S. 1 AGes.[83], 11 Abs. 1 GmbHGes.). Die Eintragung ist dazu erforderlich. Aber mehr als das. Die Eintragung besagt nämlich inhaltlich etwas ganz anderes als die Verträge der Gründer.[84]) Sie verleiht erst die Rechtspersönlichkeit. „Die Verleihung der Rechtspersönlichkeit an eine AG. durch Eintragung ist inhaltlich etwas ganz anderes als der Gründungsvertrag".[85]) Das gilt gleichermassen von der GmbH. Die Eintragung schafft etwas bis dahin nicht Vorhandenes, etwas Neues[86]), nämlich die AG. oder GmbH. als solche. Sie ist eine schaffende (konstitutive) Eintragung[87]); denn ob nun vorher ein nicht-rechts-

[80]) Was für die Entstehung einer AG. und GmbH. gilt, gilt auch entsprechend für die Entstehung einer KAG., einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft u. eines rechtsfähigen Vereins.

[81]) Vgl. dazu auch die bei Huber, Verw.-Arch. S. 8, angegebene Literatur.

[82]) Huber, Verw.-Arch. S. 5.

[83]) § 34 Abs. 1 S. 1 AGes. deckt sich (bis auf die Worte in § 200 Abs. 1 S. 1 HGB.: „des Sitzes der Gesellschaft") mit § 200 Abs. 1 S. 1 HGB. Deshalb kann auch die Literatur zu § 200 HGB. verwandt werden.

[84]) Huber, Verw.-Arch. S 5.

[85]) Huber, WVR. S. 279 unt. 3.

[86]) Huber, Verw.-Arch. S. 5; vgl. auch Göppert: Eintragungen S. 28.

[87]) Huber (Verw.-Arch. S. 2) spricht davon, daß die Verleihung der Rechtspersönlichkeit gemäß § 22 BGB. ein „konstitutiver" Verwaltungsakt sei und daß es ebenso liege, wenn das Gesetz die Entstehung einer AG. oder GmbH. von der Eintragung abhängig mache. Er nennt deshalb auch sie konstitutiv (S. 3). Jellinek (Verwaltungsrecht S. 257) rechnet zu den „konstitutiven" Verwaltungsakten die „Schaffung" einer juristischen Person durch Verleihung oder Eintragung. Hier wird klar, daß die Bezeichnung „schaffend" mit der Bezeichnung „konstitutiv" indentisch ist. Beide bedeuten dasselbe. Denn konstitutiv kommt von constituere, d. h. begründen, zustande bringen, stiften, schaffen, bereiten. So wird denn auch allgemein die konstitutive Eintragung mit der deutschen Bezeichnung „rechtsbegründende" (Düringer-Hachenburg-Hoeniger Vorbem. 2. Abschn. Anm. 3; Ehrenberg I S. 535) oder „rechtserzeugende" (Staub-Bondi, Anh. zu § 8 Anm. 13) Eintragung genannt. Das weist auf einen „rechtsgestaltenden Charakter" hin (Göppert Eintragungen S. 1). Im Sprachgebrauch des Registerrechts aber ist der Ausdruck konstitutiv nicht in diesem wörtlichen Sinn, sondern in einem „schwächeren" Sinn

fähiger Verein oder eine Gesellschaft[88]), oder ob weder das eine noch das andere, sondern ein Personenverband eigener Art[89]) bestand, jedenfalls bestand nicht die AG. oder GmbH. als solche[90]). „Der eigentliche Gründungsakt" ist deshalb die Eintragung[91]), trotzdem die Mitwirkung der Beteiligten in Form des Gründungsaktes nicht nur verfahrensrechtlicher, sondern materiell-rechtlicher Natur ist.

Die Richtigkeit des Gesagten folgt nicht unbedingt aus dem Wortlaut der §§ 34 AGes., 11 GmbHGes., wo es heißt: „Vor der Eintragung in das Handelsregister . . . . . besteht die AG. (bzw. die GmbH.) als solche nicht." Der Wortlaut ist aber klar in § 21 BGB.[92]), der besagt, daß der Verein die Rechtsfähigkeit

---

(Göppert: Eintragungen S. 1) üblich, nämlich in dem Sinne, daß die Eintragung nur eine gesetzliche Voraussetzung der beabsichtigten Rechtswirkung ist. Die Eintragung sagt nur negativ etwas aus, nämlich, daß vorher eine Rechtswirkung nicht vorhanden ist (vgl. Ehrenberg I S. 614; Staub-Bondi, Anh. zu § 8 Anm. 13; Düringer-Hachenburg-Hoeniger Vorbem. z. 2. Abschn. Anm. 3). Deshalb will Göppert (Eintragungen S. 25) auch das Wort „konstitutiv" nicht in Bezug auf die Eintragung der AG. oder GmbH. anwenden, sondern sie „schaffend" — im Gegensatz zu konstitutiv — nennen. Aber das ist nicht tunlich, da doch beide Ausdrücke an sich dasselbe besagen. Es ist vielmehr der im Sprachgebrauch des Registerrechts mit dem Ausdruck konstitutiv verbundene schwächere Sinn aufzugeben und die Bezeichnung konstitutiv im wörtlichen Sinne für die Eintragung der AG. oder GmbH. zu gebrauchen. Allerdings besagt dieser Ausdruck nichts darüber, ob die Eintragung die AG. oder GmbH. unabhängig von dem Gründungsakt schafft. Aber die Tatsache, daß diese Eintragung schaffender Natur ist, hat, wie gleich ersichtlich wird, für die Frage, ob sie unabhängig von der Mitwirkungshandlung ist, eine große Bedeutung. Deshalb kann mit der Bezeichnung schaffend (konstitutiv) für die Eintragung der AG. oder GmbH. über den wörtlichen Sinn hinausgehend die sich daraus ergebende Bedeutung verbunden werden (vgl. unten S. 27 Anm. 99).

[88]) Vgl. dazu Gierke S. 217, 3, a.

[89]) Schreiber S. 65.

[90]) Auch wenn man der Auffassung Schreibers (S. 37) folgen würde, daß nämlich die Verleihung der Rechtspersönlichkeit an einen Verband nicht als novum zu beurteilen sei, sondern „als die Vollendung der Organisation des bereits zuvor existenten Verbandes", so ist es dennoch richtig, zu sagen, daß die Verleihung der Rechtspersönlichkeit an eine AG. oder GmbH. inhaltlich etwas anderes ist als der Gründungsakt. Es ist dennoch richtig, zu sagen, die Eintragung schaffe die AG. oder GmbH. als solche — etwas Neues —. Denn die Rechtsfähigkeit muß doch, was auch Schreiber (S. 37) nicht leugnet, erlangt werden. Die „Vollendung der Organisation", die gerade eine AG. oder GmbH. als solche ausmacht, muß bewirkt werden, und das tut nicht der Gründungsakt, sondern der Verwaltungsakt. Er schafft insofern etwas Neues, etwas nicht in dem Gründungsakt Enthaltenes, als er dann eben die Organisation der AG. oder GmbH. vollendet.

[91]) Huber, Verw.-Arch. S. 6.

[92]) Vgl. dazu auch Hellwig S. 29; RGZ. 81, 210/211.

„durch" die Eintragung in das Vereinsregister erlangt. Durch die Eintragung, also die Eintragung verleiht die Rechtspersönlichkeit und bewirkt damit die Entstehung des rechtsfähigen Vereins. Das wird noch klarer durch § 22 BGB., wonach der Verein die Rechtsfähigkeit „durch" staatliche Verleihung erhält. Die Eintragung ist eine andere Art der Verleihung.[93]) „Durch" Verleihung oder Eintragung wird die Rechtsfähigkeit begründet und damit das Wesentliche der fraglichen Rechtsänderung, die Rechtsänderung als solche, der rechtsfähige Verein geschaffen. Bei der Entstehung der AG. oder GmbH. aber ist es in der Sache nicht anders.[94])[95]).

Nunmehr kann die Frage gelöst werden, ob der Verwaltungsakt der gesellschaftsrechtlichen Mitwirkung bedarf, oder ob er aus sich heraus die AG. oder GmbH. zur Entstehung bringt. Die Antwort folgt aus der eben dargelegten inhaltlichen Wirkung der beiden Akte in Verbindung mit der Tatsache, daß die Eintragung ein Verwaltungsakt ist. Daraus ist nämlich folgender Schluß zu ziehen. Fehlt der Gründungsakt oder ist er nichtig, so ist zwar eine sachliche Voraussetzung für den zur Entstehung der AG. oder GmbH. erforderlichen Verwaltungsakt und damit auch für die Entstehung der AG. oder GmbH. selbst nicht gegeben. Ein Verwaltungsakt aber wird nun überhaupt nicht ohne weiteres unwirksam, wenn sachliche Voraussetzungen für seinen Erlaß nicht erfüllt sind [96]). Und das gilt sicherlich dann, wenn es sich, wie bei dem Gründungsakt, um eine solche sachliche Voraussetzung handelt, auf der die Rechtsänderung als solche gar nicht beruht, diese vielmehr als solche ausschließliche Wirkung des Verwaltungsaktes ist. Denn es fehlt nur eine für die Rechtsänderung als solche nicht ausschlaggebende sachliche Mitwirkung. Ist also der Gründungsakt[97]) nichtig oder fehlt er völlig, so ist der Verwaltungsakt der Eintragung und damit die AG. oder GmbH. zwar fehlerhaft, aber den-

[93]) Vgl. auch Staudinger-Riezler § 21 Anm. 29.
[94]) Huber, Verw.-Arch. S. 2, 8.
[95]) Weitere Gründe für die Richtigkeit des oben Dargelegten werden sich im Zusammenhang mit den weiteren Ausführungen ergeben.
[96]) Jellinek, Verwaltungsrecht S. 277; Huber, Verw.-Arch. S. 8, WVR. S. 279, 280, 290 ff. Göppert, Bank-Arch. S. 26; vgl. auch Bürckner S. 50, 81; v. Köhler S. 184.
[97]) Dabei ist unter Gründungsakt eben der zur Entstehung der AG. oder GmbH. vorgesehene Akt, der Gründungsakt im technischen Sinne zu verstehen. Irgend eine tatsächliche „Vereinbarung" muß allerdings gegeben sein. Denn da, wie Göppert (Eintragungen S. 28, vgl. auch S. 42 Anm. 75) bemerkt, die Eintragung nicht das „Phantom" einer Gesellschaft in das Rechtsleben „hinein-

noch wirksam zustande gekommen.[98]). Die Eintragung schafft die AG. oder GmbH. ohne Vorliegen eines gültigen Gründungsaktes[99])[100]). Die Tatsache der auf Grund der Eintragung entstandenen AG. oder GmbH. hat jedermann, auch jede Behörde und vor allem der Prozeßrichter hinzunehmen. Die AG. oder GmbH. besteht auf Grund der Eintragung für jedermann.

Die Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses bezüglich der Rechtswirkung der Eintragung einer AG. oder GmbH. ergibt sich

---

zaubern" kann, muß eine tatsächliche Personenvereinigung bei der Eintragung vorhanden sein, damit diese wirkt. Eine tatsächliche Personenvereinigung aber entsteht nicht dadurch, daß einzelne Personen sich stillschweigend zusammensetzen.

[98]) Göppert: Eintragungen S. 26, 27, Bank-Arch. S. 26; Huber, Verw.-Arch. S. 8, 15; Senden S. 36; Landsberg S. 37; vgl. auch Hellwig: Grenzen S. 28 und Hildegard Meyer S. 30.

Ähnlich ist in der Nordamerikanischen Rechtsprechung die de facto corporation — die fehlerhaft entstandene Gesellschaft — mit der de iure corporation — der rechtmäßig entstandenen Gesellschaft — gleichgestellt (vgl. Kessler S. 471, 488; Hildegard Meyer S. 29 unt. cc). Das ist dann der Fall, wenn „die Grundnormen der Entstehung einer Korporation gewahrt worden sind" (Kessler S. 477, 478). Daran werden aber keine zu strengen Maßstäbe angelegt (vgl. im einzelnen Kessler S. 478 ff.). Nach deutschem Recht muß auch eine Voraussetzung für eine wirksame AG. oder GmbH. gegeben sein, nämlich eine tatsächliche Personenvereinigung.

Wenn Kessler (S. 471) sagt, daß die de facto corporation von wenigen Ausnahmen abgesehen der de iure corporation gleichstehe, so ist von einer vollständigen Gleichstellung, wie Hildegard Meyer (S. 29 unt. cc) behauptet, an sich keine Rede. Aber es ist wohl auch dort so wie nach deutschem Recht bei der AG. oder GmbH. Es bleibt nur eine beschränkte Nichtigkeit übrig (vgl. dazu Kessler S. 485). Dieser gegenüber wird dann auch die Frage Grützmanns (vgl. unt. S. 28 Anm. 104) berechtigt sein, sodaß eine völlige Gleichstellung ruhig angenommen werden dürfte. Auch Kessler redet dann (S. 488) von einer Gleichstellung.

Einen tatsächlich nicht vorhandenen Unterschied zu der fehlerhaften AG. oder GmbH. sieht Kessler (S. 486) deshalb für gegeben, weil er nicht erkennt, daß nicht nur nach amerikanischem Recht (Kessler S. 471), sondern auch nach deutschem Recht, wie Göppert bewiesen hat und auch hier noch erwähnt wird (vgl. unt. S. 28 Anm. 103) letztlich der „Staat", nämlich die Registerbehörde die AG. oder GmbH. beseitigt.

[99]) Diese sich aus der Erkenntnis der schaffenden Natur der Eintragung ergebende Bedeutung ist mit dem Ausdruck schaffend (konstitutiv), über den wörtlichen Sinn dieses Wortes hinausgehend zu verbinden. Vgl. o. S. 24/25 Anm. 87.

[100]) Damit hat diese Eintragung nicht etwa eine „heilende" Kraft, wie z. B. Auflassung und Eintragung in das Grundbuch gemäß § 313 Abs. 2 BGB. oder die Bewirkung der versprochenen Leistung gemäß § 518 Abs. 2 BGB. (vgl. Göppert: Eintragungen S. 29, 42 und Anm. 75). Während bei §§ 313, 518 BGB. der Mangel der Form wirklich geheilt wird, bleiben hier Fehler, die gegeben und beachtlich sind, bestehen und wirken sich, wie noch dargelegt wird, auch aus. Die Eintragung ist ein fehlerhafter Staatsakt. Aber trotz der Mängel entsteht die AG. oder GmbH.

nun auch aus der durch Göppert[101]) erfolgten richtigen Auslegung des Gesetzes. Das Ergebnis folgt nämlich aus den §§ 144 Abs. 1 FGG., 216 ff. AGes.[102]), 75 ff. GmbHGes. Auf Grund dieser Bestimmungen rechtfertigt sich bei gewissen Mängeln des Gesellschaftsvertrages ein Verfahren, das schließlich zur Eintragung der „Nichtigkeit" der Gesellschaft in das Handelsregister führt (§ 218 Abs. 1 AGes., § 77 Abs. 1 GmbHGes.). Diese Eintragung der „Nichtigkeit" geschieht entweder in Form der Löschung nach § 144 Abs. 1 FGG. oder in Form der Eintragung des Nichtigkeitsurteils gemäß § 216 Abs. 4 S. 2 AGes. oder § 75 Abs. 2 GmbHGes. in Verb. mit § 200 Abs. 1 S. 3 AGes. (§ 18 Abs. 2 EG AGes.) Sie bewirkt die Beseitigung der Eintragung der AG. oder GmbH.[103]). Ist sie nämlich erfolgt, so finden die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften Anwendung (§ 218 Abs. 1 AGes., § 77 Abs. 1 GmbHGes.). Wird aber die Gesellschaft aufgelöst, so muß sie vorher bestanden haben.[104]). Ihre „Nichtigkeit" ist also gar keine Nichtigkeit[105]), weder eine Nichtigkeit ex nunc noch eine solche ex tunc[106]), sondern nur eine Vernichtbarkeit. Die Löschung macht die gültige Gesellschaft „ungeeignet für den Fortbestand" und nötigt sie, „sich im Wege der Liquidation selbst zunichte zu machen"[107]). Deutungsversuche nun, die darauf hinauslaufen, neben dieser unechten Nichtigkeit, neben der Vernichtbarkeit der vollgültigen, wenn auch fehlerhaften, Gesellschaft noch eine echte Nichtigkeit, eine Ungültigkeit der Gesellschaft, die einredeweise geltend gemacht werden könne, zuzulassen, sind wie Göppert sagt,[107]) nur möglich, weil durch die Ablehnung des Gedankens, daß der Prozeßrichter an einen Staatsakt gebunden sein könne, der

[101]) Eintragungen S. 30 ff.
[102]) früher §§ 309 ff. HGB.
[103]) Vgl. dazu im einzelnen Göppert: Eintragungen S. 30 ff. und u. S. 50 Anm. 185 vgl. auch u. S. 52 ff.
[104]) Grützmann (S. 58) fragt, nachdem er an Hand der Bestimmungen der §§ 309 ff. HGB. — die §§ 75 ff. GmbHGes. und die jetzt geltenden §§ 216 ff. AGes. lauten entsprechend — dargelegt hat, daß die „nichtige" AG. — GmbH. — im wesentlichen einer gültigen entspreche und daß demgegenüber nur ein geringer Raum für eine echte Nichtigkeit bleibe, mit Recht, welchen Wert gegenüber „dem weiten Umfange, in dem die Gesellschaft gültig wäre", noch eine so „beschränkte Nichtigkeit" hätte. Es ist ihm nur zuzustimmen, wenn er sagt, darauf wisse er keine Antwort und aus dem Gesetz ergebe sich vielmehr, daß die Gesellschaft ganz allgemein vollgültig sei.
[105]) Göppert: Eintragungen S. 52; Brodmann, Aktienrecht § 311 I; Grützmann S. 61.
[106]) Senden S. 38.
[107]) Göppert: Eintragungen S. 32.

Zusammenhang zwischen der Wirkung der Eintragung und den Bestimmungen der §§ 144 Abs. 1 FGG., 216 ff. AGes., 75 ff. GmbHGes. verkannt wird.

II. Die Eintragung von Beschlüssen in das Handelsregister.

Der besprochene Fall des Verwaltungsaktes der Eintragung einer AG. oder GmbH., der schaffenden (konstitutiven) Eintragung, stellt für das Gesellschaftsrecht eine Besonderheit dar. Es handelt sich dabei auch um die Entstehung einer mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Gesellschaft. Wird aber in anderen Fällen im Gesellschaftsrecht zur Herbeiführung einer Rechtsänderung neben der besonderen gesellschaftsrechtlichen Rechtshandlung der Verwaltungsakt der Eintragung gefordert, so hat erstere eine größere Bedeutung als bei der Entstehung der AG. oder GmbH.

Solche Fälle[108]) sind die Abänderung des Gesellschaftsvertrages einer AG., KAG. oder GmbH. (§§ 145 ff., 219 Abs. 3 AGes. und §§ 53 ff. GmbHGes.) und die Verschmelzung durch Aufnahme (§§ 233 Ziff. 1, 234 ff. AGes.)[109])[110]). Wie sich aus dem Gesetz (§§ 148, 219 Abs. 3 AGes., § 54 GmbHGes. und §§ 239, 248 Abs. 2, 249—252 Abs. 2 AGes.) ergibt, ist die Änderung bezw. die Verschmelzung einzutragen. Darin besteht hier der Verwaltungsakt. Der gesellschaftsrechtliche Akt ist bei diesen Rechtsänderungen der Beschluß der Hauptversammlung bezw. der Gesellschafterver-

[108]) Die Entstehung einer OHG. oder KG. wird in anderem Zusammenhange gestreift, vgl. unt. S. 38 ff. Es kommt hier vor allem auf die Gegenüberstellung der Eintragung der AG. oder GmbH. einerseits und der Verbandsbeschlüsse andererseits an.

[109]) Die §§ 145 ff., 233 ff. AGes. entsprechen, soweit es hier darauf ankommt, den §§ 274 ff., 306 HGB. Die Literatur dazu kann deshalb auch jetzt bei dem AGes. verwandt werden.

[110]) Bei der Verschmelzung durch Neubildung einer AG. oder KAG. (§§ 233 Z. 2, 248 Abs. 2 AGes.) ist die neue Gesellschaft einzutragen (§ 247 Abs. 5 AGes.). Da gemäß §§ 247 Abs. 4, 248 Abs. 2 AGes. der § 34 Abs. 1 AGes. sinngemäß Anwendung findet, hat diese Eintragung für die Entstehung der neuen AG. oder KAG. wohl die Bedeutung, wie die Eintragung bei der Entstehung jeder AG. oder KAG. Sie ist also eine schaffende (konstitutive) Eintragung. Die Frage, welche Bedeutung dagegen die Eintragung für den Vermögensübergang und das Erlöschen der übertragenden Gesellschaften, für Vorgänge hat, die gemäß §§ 247 Abs. 5 S. 2 Abs. 6 AGes., 248 Abs. 2 AGes. mit der Eintragung der neuen Gesellschaft sich vollziehen, ist eine Frage für sich. Sie muß wohl so beantwortet werden, daß die Eintragung in dieser Hinsicht so wirkt wie die oben im Text jetzt zu behandelnden Eintragungen.

sammlung.[111]) Dieser ist nicht nur unmittelbar auf den Eintritt der Rechtsänderung gerichtet und gestaltet diese nicht nur in ihren Einzelheiten, während der Verwaltungsakt etwas wesentlich Neues, der Sache nach noch nicht in der Mitwirkungshandlung der typisch Beteiligten Enthaltenes, nämlich die Rechtsänderung als solche schafft. Vielmehr: „alle diese Fälle sind dadurch gekennzeichnet, daß der eigentliche sachliche Inhalt nicht durch den Verwaltungsakt bestimmt wird, sondern durch einen vorausgegangenen Rechtsakt bereits formuliert ist".[112]) Dieser vorausgegangene Rechtsakt ist die Mitwirkungshandlung, der Beschluß. In ihm ist bereits der „volle rechtliche Erfolg"[113]), Abänderung oder Verschmelzung durch Aufnahme, der Sache nach enthalten. Der Beginn der Wirksamkeit allerdings ist bis zum Erlaß des Verwaltungsaktes der Eintragung aufgeschoben. Ohne ihn tritt die Rechtsänderung nicht ein.[114]) Insofern bewirkt er sie also auch. Aber er ist hier nur eine Bestätigung.[115])[116]) Er bestätigt[117]) das, was in dem Beschluß der Sache nach bereits völlig enthalten ist, ohne daß durch ihn „inhaltlich etwas

---

[111]) Ein entsprechendes Beispiel speziell aus dem Gewerkschaftsrecht, das im Hinblick auf die Umwandlung einer Gewerkschaft hier interessiert, ist der „statutarische" (im Gegensatz zu Beschlüssen, welche nur Geschäftsführungsakte enthalten, vgl. dazu Isay S. 448 u. Brassert § 94 Anm. 10). Beschluß einer Gewerkschaft u. dessen Bestätigung (nicht die Eintragung. Soweit diese überhaupt nötig ist, vgl. Isay Anm. 41 zu § 94, wirkt diese nur bekundend, Isay § 94 Anm. 41) durch das Oberbergamt (§ 94 Abs. 2 PrABG. u. Art. 139 Abs. 2 Bayr. Bergges.)

[112]) Huber, WVR. S. 277.

[113]) Huber, Verw.-Arch. S. 6.

[114]) §§ 148 Abs. 3 AGes., 54 Abs. 3 GmbH. Ges., §§ 240 Abs. 3, 4, 248 Abs. 2 — 252 Abs. 2 AGes.

[115]) Vgl. Huber, Verw.-Arch. S. 6, 21. Göppert, Bank-Arch. S. 26.

[116]) Huber (Verw.-Arch. S. 4) allerdings glaubt, der Verwaltungsakt der Eintragung von Beschlüssen habe die gleiche Bedeutung wie die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts durch die Staatsbehörde. Diese unterscheide sich nur dadurch von dem Verwaltungsakt der Eintragung, daß sie im freien Ermessen der Behörde stehe, während die Eintragung beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen erfolgen müsse. Das ist aber gerade der Unterschied, der einen Verwaltungsakt entweder zur Bestätigung oder zur Genehmigung macht. Von Bürckner (§ 4 IV u. V) und Sieber (S. 125 unt. b, S. 126 unt. c) wird ein weiterer, wie Bürckner selbst (S. 5) sagt, „allerdings wenig verwertbarer" Unterschied gemacht. Für das Ergebnis, auf das es letztlich ankommt, hat das keine Bedeutung.

[117]) Deshalb kann diese Eintragung bestätigende (oder auch legalisierende) Eintragung genannt werden. Dieser Ausdruck ist besser als der für diese Eintragungen übliche Ausdruck konstitutiv in dem schwächeren Sinne des Wortes (vgl. o. S. 24/25 Anm. 87), zumal dieser Ausdruck in seinem wörtlichen Sinne für die Eintragung der AG. oder GmbH. zu verwenden ist. Aber daneben ist hier auch die Bezeichnung rechtsändernde Eintragung zu empfehlen,

Zusätzliches“[118]) bestimmt, „in der Sache etwas Selbständiges“[118]) geschaffen wird. Die Rechtsänderung als solche beruht deshalb nicht auf ihm. Die Tätigkeit der Registerbehörde bezieht sich vielmehr allein auf das Verfahren.[119]) Die Behörde hat den Willen der typisch Beteiligten nur zu „legalisieren“[120]), nach „Prüfung seiner Zulässigkeit den Erfolg durch autoritativen Ausspruch seines Eintritts zu vollenden“.[120]).

Der geschilderte Fall bildet das Gegenstück zu dem Verwaltungsakt, der nur auf Antrag zulässig ist. Das, was dort der Antrag ist, ist hier der Akt der Behörde: Verfahrensrechtlicher „Bestandteil“[121]). Der Antrag ist verfahrensrechtlicher Bestandteil des Verwaltungsaktes, ein Teil des Verfahrens, in dem der Verwaltungsakt erlassen werden soll. Der bestätigende Verwaltungsakt ist ein verfahrensrechtlicher Bestandteil der Rechtshandlung der typisch Beteiligten, ein Teil des Verfahrens, in dem diese vorgenommen werden muß. Mit diesem Vergleich soll und kann nichts über eine Gleichwertigkeit der beiden Akte gesagt sein; denn der eine ist eine Rechtshandlung der typisch Beteiligten, der andere aber ein Verwaltungsakt. Während es eine Frage ist, ob der Antrag notwendig ist, unterliegt das bezüglich des bestätigenden Verwaltungsaktes keinem Zweifel. Der Vergleich beider Akte soll, abgesehen davon, nur den Anteil des bestätigenden Verwaltungsaktes an der Rechtsänderung, seine inhaltliche Bedeutung für diese erkennen lassen. Er soll nur zeigen, daß der bestätigende Verwaltungsakt bis auf die letzte Stufe der inhaltlichen Bedeutung eines rechtsändernden Verwaltungsaktes gesunken ist, indem er nur noch — neben einer die Rechtsänderung ausschließlich gestaltenden Mitwirkungshandlung — verfahrensrechtlicher Faktor ist.

---

insbesondere deshalb, um stärker zum Ausdruck zu bringen, daß die Rechtsänderung ohne die Eintragung nicht eintritt. Diese Bezeichnung ist jedenfalls schwächer als die Bezeichnung konstitutiv, die hier durchaus nicht zutrifft. Allerdings besagen die Ausdrücke bestätigend, legalisierend, rechtsändernd nichts darüber, ob die Eintragung diese Wirkung auch dann hat, wenn die Mitwirkungshandlung fehlt. Aber auch hier ist die Erkenntnis der bestätigenden Natur des Verwaltungsaktes wichtig für die weitere praktische Folge. Und diese kann dem Sinne nach in die genannten Ausdrücke miteinbezogen werden (vgl. o. S. 24/25 Anm. 87 und S. 27 Anm. 99).

[118]) Huber, Verw.-Arch. S. 5. Göppert, Eintrag. S. 28

[119]) Vgl. Bürckner S. 24.

[120]) Siber für ähnliche Fälle (S. 126 unt. c, β).

[121]) Vgl. Siber S. 126 unt. c.

Und wenn in den Fällen des antragsbedingten Verwaltungsaktes von einer Mitwirkung der Beteiligten an dem Verwaltungsakt gesprochen worden ist[122]), so ist es in dem hier besprochenen Falle gerade umgekehrt. Hier kann eigentlich nicht mehr von einer Mitwirkung der typisch Beteiligten an dem Verwaltungsakt, sondern nur von einer Mitwirkung der Behörde[123]) an der Rechtshandlung der typisch Beteiligten die Rede sein. Deshalb nennt Siber den Akt der Behörde in solchen Fällen auch „Bestandteil des Privatrechtsgeschäftes"[124]). Der Verwaltungsakt der Eintragung ist ein Bestandteil des Beschlusses der Gesellschaft. Umgekehrt ist der Beschluß das „rechtliche Substrat"[125]) des Verwaltungsaktes.

Dass in der Tat das inhaltliche Schwergewicht auf dem satzungsändernden Beschlüß der Gesellschaft liegt, ergibt sich auch aus der erwähnten[126]) Tatsache, daß die Eintragung der Änderung mit der Eintragung des Änderungsbeschlusses gleichgesetzt wird. Das weist darauf hin, daß eben Änderung und Änderungsbeschluß identisch sind, daß der Beschluß die Änderung enthält. Ähnliches ist auch bei der Verschmelzung durch Aufnahme zu bemerken. Während nach §§ 306 Abs. 1, 304 Abs. 3 u. 5 HGB. der Fusionsbeschluß, der dem Beschluß bei der Verschmelzung durch Aufnahme nach dem AGes. entspricht, eingetragen werden sollte, verlangen die §§ 239 Abs. 1, 240 Abs. 4, 248 Abs. 2 — 252 Abs. 2 AGes. die Eintragung der Verschmelzung. Das bedeutet keine Abweichung von dem HGB., sondern ist auch nur ein Beweis dafür, daß Verschmelzung und Verschmelzungsbeschluß sich decken.

Auf Grund der getroffenen Feststellungen läßt sich nun bei Fehlen des Beschlusses leicht die Art der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes der Eintragung und daran anschließend die Frage nach der Rechtswirksamkeit eines solch fehlerhaften Verwaltungsaktes lösen.

Gezeigt wurde bisher, daß beim antragsbedingten Verwaltungsakt gute Gründe dafür vorliegen, den Verwaltungsakt unabhängig von dem Antrag wirken zu lassen. Ferner wurde dargelegt, daß auch das Fehlen oder die Nichtigkeit der ganz anders gearteten

[122]) Vgl. auch Siber S. 125 unt. a.
[123]) Vgl. Siber S. 125 f.
[124]) Siber S. 126 unt. c.
[125]) Huber, WVR. S. 274 ff. u. Verw.-Arch. S. 21.
[126]) Vgl. o. S. 7 Anm. 26.

gesellschaftsrechtlichen Mitwirkung in Form eines Gründungsaktes den Verwaltungsakt der Eintragung einer AG. oder GmbH. nicht unwirksam macht, dieser vielmehr dennoch die Gesellschaft zur Entstehung bringt. In den hier zur Erörterung stehenden Fällen der Satzungsänderung oder Verschmelzung aber ist der gesellschaftsrechtliche Akt in Form des Beschlusses in seiner inhaltlichen Bedeutung für die Rechtsänderung von ganz besonderer, viel schwerwiegender Bedeutung als die bisher erwähnten Mitwirkungshandlungen. Fehlt der Beschluß, so fehlt das rechtliche Substrat, das, worauf sich der Verwaltungsakt bezieht. Dann schwebt der Verwaltungsakt in der Luft. Er wird „gegenstandslos“[127]), es fehlt der „sachliche Gehalt“, den der Verwaltungsakt „erst aus einem ihm zugrunde liegenden Rechtsakt“[128]), nämlich aus dem Beschluß, erhält, während gerade die Eintragung einer AG. oder GmbH. „einen bisher leeren Raum mit einem neuen rechtlichen Bau erfüllt“[129]). Dann aber kann der Verwaltungsakt unmöglich aus sich heraus wirken. Er ist für die Rechtsänderung wirkungslos. Diese ist nicht eingetreten. Gerade die hier ganz anders geartete Wirkung des Verwaltungsaktes und der Rechtshandlung der typisch Beteiligten ihrer inhaltlichen Bedeutung für die Rechtsänderung nach, gerade die Gegenüberstellung der letzten Fälle und der bisher erwähnten zwingt hier zu diesem Schluß, ohne daß dabei dem widersprochen würde, was anerkannt worden ist, nämlich der Tendenz, den Verwaltungsakt möglichst widerstandsfähig zu gestalten, und der Wirkung des Verwaltungsaktes der Eintragung der AG. oder GmbH.

Die Eintragung von Verbandsbeschlüssen in das Handelsregister ist also weder bekundend noch schaffend (konstitutiv), d. h. unabhängig von der Mitwirkungshandlung schaffend, sondern sie ist bestätigend (legalisierend), rechtsändernd in dem Sinne[130]), daß nur das „Zusammenwirken der beiden Faktoren“[131]) — des Staatsaktes der Eintragung und des gesellschaftsrechtlichen Aktes in Form des Beschlusses — die Änderung eines Gesellschaftsvertrages

[127]) Göppert, Eintragungen S. 28 u. 36; vgl. auch Bürckner S. 23.
[128]) Huber, WVR. S. 277.
[129]) Huber, Verw.-Arch. S. 6.
[130]) Dieser Sinn kann, sich aus der bestätigenden Wirkung der Eintragung ergebend, damit verbunden werden, vgl. o. S. 30 Anm. 117.
[131]) Bürckner S. 24.

einer AG., KAG. oder GmbH.[132]) oder die Verschmelzung durch Aufnahme herbeiführt[133]). Bei Fehlen des Beschlusses hat die Eintragung keine bestätigende, keine rechtsändernde Wirkung. Sie ist vielmehr ungültig. Jedermann kann das geltend machen und hat das auch gegen sich gelten zu lassen, jedermann, vor allem auch jede Behörde. Das Gericht hat nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts[134]) die Befugnis, den Verwaltungsakt der Eintragung von Beschlüssen auf seine Voraussetzungen hin zu prüfen. Es kann also untersuchen, ob der Beschluß rechtswirksam ist oder nicht, und, wenn das nicht der Fall ist, die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes und der fraglichen Rechtsänderung als nicht gegeben betrachten.[135])

Außer der bekundenden und der eben geschilderten rechtsändernden Wirkung hat die Eintragung der Satzungsänderung und der Verschmelzung unter Umständen auch eine „heilende" Wirkung. Diese ergibt sich aus §§ 196 Abs. 1, 240 Abs. 5 AGes. Hier ist es wirklich eine heilende Kraft der Eintragung; denn die Mängel können nicht mehr geltend gemacht werden. Sie sind nicht mehr vorhanden.[136].)

---

[132]) Das Statut einer Gewerkschaft kann nur durch die oberbergamtliche Bestätigung und den entsprechenden Beschluß der Gewerkschaft geändert werden.

[133]) Das ist allgemein anerkannt (Staub-Pinner § 277 Anm. 7 u. § 308 Anm. 2 u. § 273 Anm. 23 e. Für die oberbergamtliche Bestätigung vgl. Brassert S. 373 u. Isay S. 454 unt. b. Der Streit beider darüber, welche Mängel den Beschluß der Gewerkschaft nichtig machen, interessiert hier nicht, vgl. unt. S. 62 Anm. 217; denn wenn der Beschluß nichtig ist, so ist nach Ansicht beider auch die oberbergamtliche Bestätigung ungültig), vor allem auch von Göppert (Eintragungen S. 28, Bank.-Arch. S. 26,), Huber (Verw.-Arch. S. 21), Senden (S. 12 Z. 1, 3 u. S. 14) und Landsberg (S. 29), die die Frage eingehend geprüft haben.

[134]) Jellinek, Verwaltungsrecht § 11 II 1; vgl. auch Huber, WVR. S 277 u. Göppert, Eintragungen S. 28.

[135]) Auf die Gründe für das Gesagte, soweit sich diese nicht schon zwingend aus der Darlegung der inhaltlichen Bedeutung der Eintragung und des Beschlusses selbst ergeben, kann hier im einzelnen nicht eingegangen werden. Das, was unten über die Eintragung der Umwandlung ausgeführt wird, kann entsprechend für die Eintragung der Änderung und der Verschmelzung durch Aufnahme gelten.

[136]) Von einer heilenden (oder sonstwie gearteten) Kraft der Eintragung kann im Falle des § 196 Abs. 2 AGes. keine Rede sein. Ganz abgesehen davon (vgl. dazu Herbig, JW. 1937, 852), daß immer noch eine Löschung gemäß § 144 Abs. 2 FGG. möglich bleibt, beruht hier die Tatsache, daß die gemäß § 195 Nr. 1, 3, 4 AGes. eintretende Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden kann, nicht auf der Eintragung, sondern auf dem Zeitablauf. Die Eintragung bestimmt nur den Zeitpunkt, von dem ab die Zeit zu laufen beginnt.

Drittes Kapitel.

Die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister.

Nunmehr kann leicht das spezielle Problem dieser Arbeit, ob nämlich die Eintragung der Umwandlung die Umwandlung aus sich heraus — unabhängig von einem gültigen Umwandlungsbeschluß — herbeiführt, gelöst werden.

Die gestellte Frage hat Senden[137]) für den Fall der errichtenden Umwandlung gemäß § 9 UmwG. behandelt. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, diese Umwandlung sei mit der Eintragung jedenfalls vollzogen, die Eintragung sei also — im Sinne dieser Arbeit — ein schaffender Verwaltungsakt. Als besonders wichtigen Grund für die Richtigkeit seines Ergebnisses, der nicht nur für die Eintragung der errichtenden Umwandlung, sondern für die Eintragung der Umwandlung überhaupt gelten könnte, führt Senden an, es habe „den Vorzug, klare Verhältnisse zu schaffen und damit dem Verlangen des Verkehrs nach Einfachheit und Rechtssicherheit zu entsprechen".[138]) Allerdings muß das Ergebnis bezüglich der Rechtswirkung der Eintragung der Umwandlung unbedingt der Prüfung der Frage, ob es dem Wirtschaftsleben zu dienen geeignet ist, unterliegen.[139]) Nur die Bejahung dieser Frage kann die letzte Rechtfertigung des gewonnenen Ergebnisses sein. Aber andererseits haben die Ausführungen im vorigen Kapitel dieser Arbeit gezeigt, daß der von Senden als Hauptgrund[140]) genannte Grund allein der Mannigfaltigkeit staatlichen Eingreifens in das Recht anderer Gemeinschaften und Ordnungen nicht gerecht werden kann. Vor allem gibt es unzweifelhaft, wie auch Senden selbst (1. u. 2. Kapitel) anerkennt, Eintragungen, die nicht unabhängig von der Mitwirkungshandlung sind. Wäre aber nicht auch hier die Rechtslage klar und einfach, wenn die Eintragung unabhängig von der

[137]) Senden S. 43 ff.
[138]) Senden S. 48.
[139]) Vgl. unt. Kap. 4.
[140]) Vgl. bzgl. des anderen weniger wichtigen Grundes u. S. 40 f.

Mitwirkungshandlung wäre! Es gibt aber Gründe, die gegen eine solch starke Wirkung eines in anderen Rechtsgebieten wirkenden Verwaltungsaktes sprechen. Wenn auch die Rechtslage — zunächst — klar und einfach wäre, so könnte sie trotzdem schwierig werden. Das sagt auch Senden.[141]) Es bleibt nämlich immer noch die Frage, ob die Rechtsänderung, die mit dem Verwaltungsakt jedenfalls eingetreten ist, von Bestand ist, und in diesem Zusammenhang können sich vor allem Schwierigkeiten und Gründe gegen die erwähnte starke Wirkung des Verwaltungsaktes der Eintragung ergeben.[142]) Die erwähnte Begründung Sendens kann also nicht als stichhaltig betrachtet werden. Man muß vielmehr auch hier, wie das in den im vorigen Kapitel besprochenen Fällen getan wurde, auf die inhaltliche Bedeutung des Verwaltungsaktes einerseits und der Mitwirkungshandlung andererseits eingehen.

§ 5. Abhängigkeit der Eintragung vom Umwandlungsbeschluß.

Der Umwandlungsbeschluß ist keine verfahrensrechtliche Mitwirkung wie z. B. der Antrag, sondern genau so wie der Gründungsakt bei der Entstehung einer AG. oder GmbH. oder der Abänderungs- oder Verschmelzungsbeschluß eine besondere gesellschaftsrechtliche, materiell-rechtliche Mitwirkungshandlung. Die Frage nach der Bedeutung des Umwandlungsbeschlußes und der Eintragung der Umwandlung ist schließlich eine Frage danach, ob beide Akte dem Gründungsakt einer AG. oder GmbH. und deren Eintragung oder ob sie den bisher erwähnten Beschlüssen der Hauptversammlung, Gesellschafterversammlung oder Gewerkenversammlung und deren Eintragung entsprechen.

Der Umwandlungsbeschluß ist ein satzungsändernder Beschluß[143]). Die Eintragung der Umwandlung ist demnach die Eintragung einer Satzungsänderung. Ferner entspricht bei der verschmelzenden Umwandlung nach UmwG. der Umwandlungsbeschluß und dessen Eintragung dem Beschluß und der Eintragung bei der Verschmelzung durch Aufnahme, denn verschmelzende Umwandlung und

[141]) Senden S. 52.
[142]) Vgl. u. 4 Kap.
[143]) Boltz S. 297 unt. 1., 296 unt. 3., b, aa, 295 unt. 2., a, bb, 1 für die Umwandlung nach dem UmwG. Dies gilt auch für die Umwandlung nach dem AGes.

Verschmelzung durch Aufnahme weisen „in der rechtlichen Konstruktion" Ähnlichkeiten auf.[144]) Bei beiden handelt es sich darum, daß einmal das Vermögen der einen Gesellschaft auf die andere „übergeht", und zum zweiten die übertragende bzw. umzuwandelnde Gesellschaft verschwindet. Der Unterschied, der in der Tatsache besteht, daß bei der Verschmelzung die beiden Gesellschaften meist wirtschaftlich etwas Verschiedenes sind und deshalb ein Veräußerungsvertrag möglich ist, während bei der verschmelzenden Umwandlung die Gesellschaften wirtschaftlich ein und dasselbe sind, sodaß ein solcher Vertrag ein Insichgeschäft (§ 181 BGB.) darstellen würde,[145]) berührt die Gleichheit der Rechtskonstruktion beider Fälle nicht.

Es ist nun kein Grund dafür ersichtlich, daß die Wirkungen des Beschlusses bei der Umwandlung andere sein sollen als in den ähnlich gelagerten Fällen. Der Umwandlungsbeschluß ist als satzungsändernder Beschluß und der Umwandlungsbeschluß bei der verschmelzenden Umwandlung nach dem UmwG. außerdem als dem Verschmelzungsbeschluß entsprechend von derselben Wirkung für die Umwandlung wie jeder satzungsändernder Beschluß bzw. wie der Verschmelzungsbeschluß für die jeweilige Rechtsänderung. Die Eintragung der Umwandlung aber wirkt ebenso wie die Eintragung einer Satzungsänderung bzw. wie die Eintragung der Verschmelzung. Demnach ist inhaltlich alles in dem Umwandlungsbeschluß enthalten, nämlich die Umwandlung. Die Eintragung ist auch hier nur ein „hinzutretender"[146]) Verwaltungsakt, nämlich eine Bestätigung des Umwandlungsbeschlusses, ohne daß sie inhaltlich etwas Zusätzliches bestimmt. Die Registerbehörde beteiligt sich ohne eigenen materiellen Erfolgswillen. Sie prüft nur die Zulässigkeit des auf Eintritt der Rechtsänderung — auf Eintritt der Umwandlung — gerichteten Willens der Kapitalgesellschaft und hat danach, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, den inhaltlich in dem Umwandlungsbeschluß enthaltenen rechtlichen Erfolg „durch autoritativen Ausspruch seines Eintritts zu vollenden."[147])

[144]) Boltz S. 297 für die Fusion nach dem HGB. Bei der Verschmelzung durch Aufnahme nach dem AGes. ist es nicht anders.
[145]) Boltz S. 298.
[146]) Göppert, Eintragungen S. 28 für die §§ 277 Abs. 3, 306, 305, 304 Abs. 5 HGB.
[147]) Siber S. 126 c β für ähnliche Fälle.

Daß in der Tat der Umwandlungsbeschluß der Sache nach die Umwandlung enthält, ergibt sich auch daraus, daß die Eintragung der Umwandlung und die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses — vom Gesetz selbst — gleichgesetzt werden.[148]) Das weist auch hier darauf hin, daß eben Umwandlung und Umwandlungsbeschluß identisch sind, daß der Umwandlungsbeschluß die Umwandlung enthält.

Bei der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. ändert an dem Gesagten auch nichts die Tatsache, daß, wie das Gesetz sagt, die Personalgesellschaft „mit" der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses entstehe (§ 11 Abs. 2 UmwG.). Senden (S. 45) allerdings ist offenbar dadurch dazu verleitet worden, in der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses denselben Vorgang wie in der Eintragung einer AG. oder GmbH., also einen Akt zu erblicken, der die Personalgesellschaft als solche schafft. Er meint dann weiter (S. 47/48) — von seinem Standpunkt aus nur folgerichtig —, die Vernichtung der Kapitalgesellschaft beruhe entsprechend der Entstehung der Personalgesellschaft auch auf der Eintragung.

Die Entstehung einer Personalgesellschaft beruht aber nicht wie die einer AG. oder GmbH. als solcher auf der Eintragung. Diese schafft nicht die Personalgesellschaft so, wie sie die AG. oder GmbH. schafft. Das ist, wie schon betont, eine Besonderheit der Eintragung der AG. oder GmbH.[149]) Denn dort handelt es sich um die Schaffung einer mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Gesellschaft. Das Fehlen dieser Besonderheit bei der Entstehung einer Personalgesellschaft vermerkt auch Senden, indem er sagt (S. 45): „Bemerkenswert ist nur, daß hier durch die Eintragung keine juristische Person entsteht. . . . ."

Daß in der Tat die Entstehung einer Personalgesellschaft als solcher nicht auf der Eintragung in das Handelsregister beruhen kann, beweist die Tatsache, daß dazu nicht, wie für die Entstehung einer AG. oder GmbH., unbedingt eine Eintragung erforderlich ist. Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, die auch als Personalgesellschaft im Sinne des UmwG. gilt, wird überhaupt niemals eingetragen. Sie kann demnach nur durch Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB.) gegründet werden. Die OHG. und KG. sind allerdings einzutragen

[148]) o. S. 6/7 Anm. 26.
[149]) Und auch der o. S. 24 erwähnten rechtsfähigen Verbände.

(§§ 106 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB.). Diese Eintragung hat aber vielfach nur eine bekundende Wirkung. Auf die Rechtsänderung, d. h. auf die Entstehung der OHG. oder KG. hat sie dann überhaupt keinen Einfluß. Aber auch dann, wenn der Geschäftsbeginn der OHG. oder KG. noch nicht vorliegt und deshalb die Wirksamkeit der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten erst mit dem Zeitpunkt eintritt, in dem sie eingetragen wird (§§ 123, 161 Abs. 2 HGB.), kommt der Eintragung für die Entstehung der Gesellschaft selbst keinerlei Bedeutung zu. Sie ist nicht dazu erforderlich, daß die Gesellschaft entsteht, sondern nur dazu, daß sie wirksam nach außen wird, wenn der Geschäftsbeginn noch nicht gegeben ist. Liegt ferner ohne die Eintragung kein Handelsgewerbe im Sinne des HGB. vor (§§ 2, 3 HGB.), so wirkt die Eintragung hinsichtlich der Begründung der Eigenschaft eines Handelsgewerbes zwar genau so bestätigend wie die Eintragung eines satzungsändernden Beschlusses.[150]) Für die Entstehung der OHG. oder KG. aber hat sie auch dann keine Bedeutung. Ohne sie ist die Gesellschaft entstanden. Das gilt sicher, wenn man bezüglich des Zeitpunktes der Entstehung einer OHG. oder KG. auf dem Boden der „Vertragsabschlußtheorie“[151]) oder der „Geschäftsbeginntheorie“[151]) steht, nach denen entweder der Geschäftsbeginn oder der Vertragsabschluß hinsichtlich der Entstehung der OHG. oder KG. überhaupt von Bedeutung wäre. Wenn man der „gemischten Theorie“[151]) folgt, so liegt die Sache folgendermaßen. Nach der gemischten Theorie entsteht die OHG.

---

[150]) Die Eintragung gemäß §§ 2, 3 HGB. ist trotz des § 5 HGB. eine bestätigende (legalisierende), rechtsändernde Eintragung. Denn die Bedeutung des § 5 HGB. besteht darin, daß er „die Überprüfbarkeit prinzipiell“ hinsichtlich bestimmter Voraussetzungen „ausschließt“ (Senden S. 25). Er bewirkt, daß die Eintragung den Charakter einer „Entscheidung“ (Göppert: Eintragungen S. 12) bekommt. Innerhalb der bindenden Kraft dieser Entscheidung fehlt die Möglichkeit festzustellen, ob der Eingetragene Vollkaufmann ist oder nicht (Göppert: Eintragungen S. 24). Wenn er nicht Vollkaufmann ist, kann sich das wegen der bindenden Kraft der Entscheidung nicht auswirken. In Wahrheit aber, d. h. praktisch, außerhalb der bindenden Kraft der Eintragungsentscheidung ist der Eingetragene kein Vollkaufmann. Das ist eine andere Wirkung als die schaffende Wirkung der Eintragung einer AG. oder GmbH. Letztere Eintragung hat „nicht den bloßen Charakter einer Entscheidung, deren bindende Kraft könnte beschränkt sein“ (Göppert: Eintragungen S. 26), sondern hier ist tatsächlich, für jeden Fall, mit der Eintragung die AG. oder GmbH. entstanden. Allerdings spielt praktisch die Abhängigkeit der Eintragungen gemäß §§ 2, 3 HGB. vom Vorliegen der Voraussetzungen wegen § 5 HGB. keine allzu große Rolle.

[151]) Vgl. Boltz S. 293.

oder KG., die kein Grundhandelsgewerbe betreibt, wenn sie eingetragen ist und den Geschäftsbetrieb begonnen hat, weil nämlich von der Eintragung die Geltung eines Gewerbes als Handelsgewerbe abhängig und das Vorliegen eines Handelsgewerbes Voraussetzung der Entstehung der OHG. oder KG. sei. Insofern dann die Eintragung hinsichtlich der Begründung der Eigenschaft als Handelsgewerbe bestätigend wirkt, ist sie hier bestätigend hinsichtlich einer Voraussetzung der OHG. oder KG. Die Entstehung der Gesellschaft selbst wird also auch in diesen Fällen nicht, wie die Entstehung einer AG. oder GmbH., ausschließlich durch die Eintragung bewirkt. Die OHG. oder KG. wird vielmehr durch den Gesellschaftsvertrag zustande gebracht, sodaß, wenn dieser fehlt, wenn der die Rechtsänderung — Entstehung der OHG. oder KG. — ausschlaggebend gestaltende Faktor nicht vorhanden ist, keine OHG. oder KG. entsteht.[152])

Diese Erkenntnis ist zunächst einmal wichtig. Allerdings schlösse sie an sich nicht aus, daß in gewissen Fällen eine Personalgesellschaft dennoch durch eine bestimmte Eintragung in das Handelsregister entstünde, und daß als ein solcher Fall gerade die Errichtung einer Personalgesellschaft im Wege der Umwandlung angesehen werden könnte. Es wäre dabei aber gleich auffallend, daß dann doch auch die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, die sonst niemals von einer Eintragung in das Handelsregister irgendwie abhängig ist, auf Grund einer solchen Eintragung entstünde. Das aber auf den „klaren Wortlaut" — wie Senden (S. 45) das tut — stützen zu wollen, ist wenig überzeugend. Denn das Gesetz (§ 11 Abs. 2 UmwG.) sagt „mit" der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses entstehe die Personalgesellschaft. Das deutet aber im Gegensatz zu dem Wortlaut in §§ 21, 22 BGB., wo es heißt „durch", und im Hinblick auf die Tatsache, daß es sich hier auch in der Sache nicht um dasselbe handelt wie bei der Entstehung eines rechtsfähigen Vereins, eher darauf hin, daß, „sobald" — rein auf den Zeitpunkt abgestellt — eingetragen ist, die Umwandlung

[152]) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 123 Anm. 8. Wenn man mit Staub-Pinner annehmen wollte, daß die Gesellschaft dadurch, daß sie sich als OHG. oder KG. geriert, auch als solche zu gelten hätte, so wäre sie in Wirklichkeit doch keine OHG. oder KG. Außerdem würde dieses „Gelten" nicht auf der Eintragung, sondern auf dem „sich als Kaufmann gerieren" beruhen (Staub-Bondi § 5 Anm. 1 u. Staub-Pinner § 123 Anm. 9—12 u. Anm. 16/17.

eingetreten sein soll. Dafür spricht vor allem auch die Wendung bei der Umwandlung nach dem AGes.: „von der Eintragung an". Jedenfalls ist der Wortlaut nicht in der von Senden angenommenen Richtung eindeutig.

Hinzu kommt aber insbesondere noch folgendes. Die „Entstehung" einer Personalgesellschaft steht zwar bei der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. als Gegensatz zum Bestehen einer Personalgesellschaft bei der verschmelzenden Umwandlung nach dem UmwG. im Vordergrund. In der „Entstehung" der Personalgesellschaft liegt auch tatsächlich der Unterschied zu der verschmelzenden Umwandlung; denn dort besteht schon die Gesellschaft, in die umgewandelt wird. Ferner scheint durch die „Entstehung" einer neuen Gesellschaft bei der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. ein Unterschied zu der Umwandlung nach dem AGes. begründet zu sein;[153]) denn dort „entsteht" keine neue Gesellschaft, sondern es treten nur die Veränderungen ein derart, daß die Gesellschaft als Gesellschaft in neuer Rechtsform „weiterbesteht". Die drei Vorgänge: Auflösung, Gründung und Vermögensübergang[154]) sind deshalb hier begrifflich gar nicht möglich. Die Gesellschaft bleibt dieselbe Gesellschaft. Sie wechselt gewissermaßen nur ihr Kleid.[155]) Die Identität des Rechtsträgers wird dagegen nicht berührt.[156])[157]) Bei der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. dagegen scheint es anders zu sein. Es ist aber falsch, bei der errichtenden Umwandlung die Umwandlung in Errichtung der Personalgesellschaft, Übertragung des Vermögens auf diese und Auflösung der Kapitalgesellschaft zu zerlegen.[158]) Die „Umwandlung" und nicht die einzelnen Vorgänge, also auch

---

[153]) Vgl. Boltz S. 296 unter bb zu dem schon nach §§ 332 ff. HGB. möglichen Falle der Umwandlung einer KAG. in eine AG.

[154]) Vgl. für die schon nach §§ 332 ff. HGB. mögliche Umwandlung Düringer-Hachenburg § 332 Anm. 16 u. § 333 Anm. 12.

[155]) Vgl. die Amtl. Begründ. zu §§ 257 ff. AGes. im Deutschen Reichsanzeiger v. 28. 2. 1937 (Nr. 28).

[156]) Vgl. Boltz S. 286 f.; Düringer-Hachenburg § 332 Anm. 16; Staub-Pinner § 332 Anm. 1 für die Umwandlung einer KAG. in eine AG.

[157]) Vgl. allerdings unt. S. 45 Anm. 175.

[158]) Bei der früher nach den — inzwischen außer Kraft gesetzten — §§ 80, 81 GmbHGes. möglichen Umwandlung einer AG. in eine GmbH. wurde die durch die Umwandlung entstehende GmbH. wirklich errichtet, neu gegründet. Die umzuwandelnde AG. aber wurde aufgelöst (vgl. dazu Hachenburg § 80 Anm. 4), wenn sie auch nicht, wie gewöhnlich, damit in Liquidation trat — darin lag die Erleichterung dieser Umwandlung —, sondern als durch Beschluß aufgelöste Gesellschaft in einem Übergangszustand zum Zwecke

nicht — worauf Senden abstellt — die Errichtung der Personalgesellschaft, stehen im Vordergrund. „Umwandlung" ist der Vorgang. Und dieser Vorgang ist tatsächlich und rechtlich ein einheitlicher. Es wird, wie Düringer-Hachenburg[159]) mit Recht bemerkt, „nicht möglich sein, dem nicht juristisch konstruierenden Volksbewußtsein diese Umwandlung als einen Doppelvorgang klarzumachen" — oder sogar als einen dreifachen Vorgang. Man müsse im Gesetz selbst, so sagt derselbe an einer anderen Stelle[160]), „trotz der noch aus der bisherigen Rüstkammer herrührenden Ausdrucksweise doch auch wieder seinem Sinn entsprechend die Fortdauer der bisherigen Verbindung von Unternehmer und Geschäft, wenn auch in anderer Form, erblicken". Fortdauer des bisherigen Unternehmens in anderer Form — das ist das Entscheidende. Der Wechsel der Rechtsform steht im Vordergrund. Die Aktionäre bzw. die Gesellschafter oder Gewerken verzichten auf die begrenzte Haftung und wollen nunmehr Gesellschafter mit unbegrenzter Haftung sein. Dadurch wechselt die Form. An die Stelle einer Kapitalgesellschaft tritt eine Personalgesellschaft. Die Kapitalgesellschaft besteht als Personalgesellschaft fort.[161]) Dieses „Fortbestehen" ist das eigentlich Charakteristische. Es handelt sich um dieselbe Gesellschaft[162]) in einer anderen Form. Das ist dieselbe Erscheinung wie bei der Umwandlung nach dem AGes.[163]) Der Formwechsel wird hier wie dort dadurch bewirkt, daß die entsprechenden Veränderungen eintreten. Das ist das Kernstück dieser Umwandlungen. Das ist die Umwandlung. So wie deshalb bei der Umwandlung nach dem AGes. nicht von einer Neugründung der Kapitalgesellschaft, in die umgewandelt wird, gesprochen werden kann, so kann deshalb auch bei der sogenannten errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. nicht von einer Neugründung der Personalgesellschaft die Rede sein. Die Begründung zum UmwG.[164]) allerdings und auch der Wortlaut des Gesetzes

der Umwandlung sich befand. (Vgl. Hachenburg § 80 Anm. 4, 10). Auflösung und Errichtung waren hier zwei rechtlich verschiedene Vorgänge; denn bei der neuen GmbH. handelte es sich um eine neue Gesellschaft. (Vgl. auch u. S. 45 Anm. 175).

[159]) § 1 Anm. 6.

[160]) Vorspruch z. UmwG. Anm. 5 (S. 8 a. E.).

[161]) Vgl. Düringer-Hachenburg § 9 Anm. 32.

[162]) Das gilt auch dann, wenn die Minderheit ausscheidet (§§ 3 ff. DVO. z. UmwG.). So Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 6.

[163]) Vgl. Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 6.

[164]) Dtsch. Justiz 1934, 884.

selbst zerlegen den einheitlichen Vorgang der Umwandlung. „Das mag zur Erleichterung der Erkenntnis der Wirkung des einheitlichen Rechtsvorganges dienen“,[165]) aber es darf nicht darüber hinwegsehen lassen, daß nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich[166]) nur ein einheitlicher Vorgang, Umwandlung, gegeben ist. Und auch das Gesetz selbst sagt ja, die Versammlung der jeweiligen Kapitalgesellschaft beschließe die Errichtung und zugleich die Übertragung des Vermögens. Dann setzt es in einer Klammerdefinition hinzu: „Umwandlung“. Also auch das Gesetz fühlt sich veranlaßt, durch die Klammerdefinition „Umwandlung“ die Einheitlichkeit des Vorganges zum Ausdruck zu bringen. Die „Umwandlung“ wird beschlossen. Würde allerdings an Stelle einer Personalgesellschaft eine Kapitalgesellschaft treten, so müßte eine regelrechte Neugründung letzterer deshalb erfolgen, weil besondere Gründungsvorschriften bei der Kapitalgesellschaft zu beachten sind.[167]) Die Änderung der Rechtsform könnte nicht einfach „beschlossen“ werden.[168]) Bei der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. aber, wo eine Personalgesellschaft an die Stelle einer Kapitalgesellschaft treten kann, brauchen keine besonderen Gründungsvorschriften eingehalten zu werden. Denn solche gibt es bei Gründung einer Personalgesellschaft nicht. Auch die Tatsache, daß bei der errichtenden Umwandlung die eine Gesellschaft juristische Person ist, die andere aber nicht, erfordert keine besondere Auflösung und Gründung, sondern der Übergang von einer juristischen Person zu einer nicht-rechtsfähigen Vereinigung ist ohne weiteres möglich.[169]) Man muß sich, wie Düringer-Hachenburg[170]) mit Recht sagt, von der Vorstellung, daß eine unüberbrückbare Kluft zwischen Personalgesellschaft und Kapitalgesellschaft bestehe, frei machen. Diese Überbrückung der „Kluft“ zwischen juristischer Person und nicht-rechtsfähiger Vereinigung entspricht auch nur der allgemeinen Rechtsentwicklung.[171])

---

[165]) Düringer-Hachenburg § 9 Anm. 2 a. E.
[166]) Düringer-Hachenburg, Vorspruch z. UmwG. Anm. 5 (S. 8).
[167]) Düringer-Hachenburg, Vorspruch z. UmwG. Anm. 5 (S. 8).
[168]) Deshalb gibt es auch keine gesetzlich erleichterte und geregelte Umwandlung von Personalgesellschaften in Kapitalgesellschaften.
[169]) Vgl. dazu auch u. S. 45 Anm. 175.
[170]) § 9 Anm. 2 a. E., § 1 Anm. 3.
[171]) Vgl. Siebert, DJZ. 1935, 714 ff. u. auch RGZ. 146, 385 ff.

Es darf also bei der errichtenden Umwandlung gar nicht so sehr auf die Errichtung der neuen Gesellschaft abgestellt werden. Es ist vielmehr der einheitliche Vorgang der Umwandlung im Auge zu behalten. Dieser einheitliche Vorgang Umwandlung ist bei der errichtenden Umwandlung genau so wie bei der verschmelzenden Umwandlung und wie auch bei der Umwandlung nach dem AGes. in dem Umwandlungsbeschluß der Sache nach völlig enthalten. Die Eintragung aber wirkt nur bestätigend. Daß im übrigen auch die „Entstehung" der Personalgesellschaft der Sache nach in dem Beschluß enthalten ist, beweist das Gesetz selbst, wenn es sagt, die Versammlung „beschließe" die Errichtung der Personalgesellschaft (§ 9 UmwG.).[172])

Boltz sagt nun,[173]) daß vom Standpunkt der bezüglich der Entstehung einer OHG. oder KG. möglichen gemischten Theorie aus, der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses[174]) — nicht der Eintragung der Gesellschaft gemäß § 11 Abs. 2 UmwG. — dann, wenn die für eine OHG. oder KG. notwendige Voraussetzung eines Handelsgewerbes nicht durch Vorliegen eines Grundhandelsgewerbes erfüllt werde, die Kapitalgesellschaft ein solches nicht betrieben habe, hinsichtlich der Entstehung der Gesellschaft die Bedeutung zukomme, die sonst die Eintragung der Gesellschaft habe; denn gemäß § 10 Abs. 2 UmwG. müsse die Firma der OHG. bzw. der KG. in dem Beschluß enthalten sein, sodaß mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses gleichzeitig auch eine Eintragung der Firma stattfinde. An die Eintragung der Firma aber sei die Entstehung eines Handelsgewerbes, das nicht Grundhandelsgewerbe sei, und damit in diesen Fällen auch die Entstehung der OHG. oder KG., geknüpft. Demnach müßte also die Eintragung der Umwandlung, genau so wie sonst die Eintragung der Gesellschaft, dann eine bestätigende Wirkung auch hinsichtlich einer Voraussetzung der OHG. oder KG. haben. Der gesellschaftsrechtliche Akt, der Umwandlungsbeschluß aber würde auch dann die Entstehung der OHG. oder KG., d. h. die Umwandlung bewirken.

---

[172]) Anders bei der früher möglichen Umwandlung gem. §§ 80, 81 GmbH.Ges.
[173]) S. 294 unt. c; vgl. dagegen aber Düringer-Hachenburg § 11 Anm. 17.
[174]) Dann müßte wohl auch der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses die Entscheidungswirkung des § 5 HGB. zukommen, d. h. mit dieser Eintragung könnte nicht mehr gesagt werden, die OHG. oder KG. betreibe kein Voll-Handelsgewerbe.

Die notwendige praktische Folgerung aus der dargelegten inhaltlichen Bedeutung des Umwandlungsbeschlusses einerseits und der Eintragung der Umwandlung andererseits ist, genau so wie für die Eintragung der Verschmelzung oder der Satzungsänderung, die, daß ohne rechtsgültigen Beschluß die Rechtsänderung nicht eintritt. Auf das, was in jenen Fällen gesagt worden ist, kann zurückgegriffen werden.

Die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister bewirkt also nicht aus sich heraus die Umwandlung. Sie ist zwar nicht nur bekundend, aber auch nicht schaffend (konstitutiv), sondern rechtsändernd, (bestätigend, legalisierend) d. h., nur das „Zusammenwirken der beiden Faktoren" — der Eintragung und des Umwandlungsbeschlusses — bewirkt die Umwandlung.[175]) Eine Ungültigkeit des Beschlusses hat jedermann gegen sich gelten zu lassen. Jeder kann sie auch geltend machen. Der Prozeßrichter kann nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts[176]) die Gültigkeit der Voraussetzungen der Eintragung nachprüfen. Er kann also auch die Gültigkeit des Umwandlungsbeschlusses untersuchen. Ist dieser nicht gültig, so hat er die Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes der Eintragung und der Umwandlung anzunehmen.

Außer der bekundenden und der rechtsändernden Wirkung hat die Eintragung der Umwandlung unter Umständen eine „heilende" Kraft.[177])

[175]) So die herrschende Meinung, vgl. Düringer-Hachenburg §§ 4 Anm. 4, 10 Anm. 24; § 332 Anm. 17; Böttcher-Meilicke § 2 Anm. 10, § 11 Anm. 6, 7; Crisolli-Groschuff-Kaemmel § 11 Anm. 7. Nur die Eintragung bei der Umwandlung der nichteingetragenen Gewerkschaft älteren Rechts in eine AG. oder KAG. nach dem AGes., nämlich die Eintragung der AG. oder KAG. (vgl. o S. 7 Anm. 27.) dürfte eine andere Wirkung haben und zwar eine schaffende. Denn wird eine nicht-eingetragene Gewerkschaft älteren Rechts in eine AG. oder KAG. umgewandelt, so entsteht eine juristische Person, weil die Gewerkschaft älteren Rechts keine solche ist (vgl. Müller-Erzbach: Bergrecht S. 284). Wenn nun auch, wie gesagt, keine unüberbrückbare Kluft zwischen juristischer Person und nicht-rechtsfähiger Vereinigung besteht und deshalb ein „Weiterbestehen" einer Kapitalgesellschaft in Form einer Personalgesellschaft durchaus möglich ist, so dürfte doch umgekehrt ein Weiterbestehen einer nicht-rechtsfähigen Vereinigung in Form einer rechtsfähigen nicht möglich sein. Die juristische Person muß geschaffen werden, und so muß hier bei der Umwandlung einer Gewerkschaft älteren Rechts die AG. oder KAG. als solche erst ins Leben gerufen werden. Das geschieht durch die Eintragung der AG. oder KAG. derart, daß die AG. oder KAG. jedenfalls unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungshandlung entsteht.

[176]) Vgl. o. S. 34 Anm. 134.

[177]) Vgl. o. S. 34 Anm. 136.

§ 6. Rechtfertigung des Ergebnisses aus dem Gesetz.

Für die Richtigkeit des Ergebnisses, daß die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister eine rechtsändernde (bestätigende, legalisierende) Eintragung ist, spricht auch weiterhin folgende Überlegung.

Wenn schon gesellschaftsrechtliche Mitwirkungshandlungen vorgesehen sind, die nicht nur verfahrensrechtlicher Natur, sondern die eine sachliche Voraussetzung des für die Rechtsänderung erforderlichen Verwaltungsaktes und damit für die Rechtsänderung selbst sind, so können nicht alle Fehler dieser Mitwirkungshandlungen für die Rechtsänderung völlig bedeutungslos bleiben. Die Frage, ob eine Rechtsänderung mit dem Verwaltungsakt entsteht, ist eine ganz andere Frage als die, ob die Rechtsänderung auch fortbestehen kann. Die Tatsache, daß mit einem Verwaltungsakt eine Rechtsänderung eintritt, welche Mängel der Mitwirkungshandlungen auch immer vorliegen mögen, besagt noch nicht, daß die Rechtsänderung dann auch fortbestehen muß. Das ergibt sich auch deutlich aus §§ 216 ff. AGes. und §§ 75 ff. GmbH. Ges. Danach können sich gewisse Fehler in dem Errichtungsakt, nämlich grobe Fehler des Gesellschaftsvertrages der AG. oder GmbH. auswirken. Das Gesetz erachtet diese für so schwerwiegend, daß es ein Verfahren vorsieht, in dem sie irgendwie zur Geltung kommen können. Es ist nun nicht denkbar, daß schwere Verstöße der Mitwirkungshandlung in Form eines Gesellschaftsvertrages geeignet sind, die Rechtsänderung irgendwie in Frage zu stellen, schwere Fehler der Mitwirkungshandlung in Form eines Umwandlungsbeschlusses dazu aber nicht in der Lage sein sollten. Das ist vor allem deshalb nicht denkbar, weil doch, wie dargelegt, letztere gesellschaftliche Mitwirkung ihrer inhaltlichen Bedeutung nach schwerer wiegt als die erstere. Der nicht ordnungsmäßige Umwandlungsbeschluß muß sich also, was auch Senden anerkennt (S. 49), jedenfalls irgendwie auf die Rechtsänderung auswirken können. Das ergibt sich denn auch aus den §§ 197 ff. AGes. und 144 Abs. 2, 142 FGG., wonach ein Beschluß der Hauptversammlung einer AG., KAG., der Gesellschafterversammlung einer GmbH. und auch einer Gewerkenversammlung gelöscht oder angefochten werden, ferner aus § 195 AGes., wonach ein Beschluß der Hauptversammlung

einer AG. oder KAG. nichtig sein kann. Das muß aber doch irgend einen Einfluß auf die Rechtsänderung ausüben.

In zweierlei Art und Weise nun könnten Mängel des Umwandlungsbeschlusses zur Geltung kommen. Die erste Möglichkeit wäre die, daß die Entstehung der Umwandlung wegen einer schaffenden Wirkung der Eintragung nicht verhindert würde und Bestand hätte, solange eingetragen wäre, daß aber gewisse Fehler des Umwandlungsbeschlusses das Fortbestehen der Umwandlung dadurch unmöglich machten, daß die auf Grund der Eintragung trotz dieser Fehler eingetretene Umwandlung durch Aufhebung des Verwaltungsaktes wieder beseitigt werden könnte. Die zweite Möglichkeit wäre die, daß die Umwandlung wegen der Fehler, die den Umwandlungsbeschluß nichtig machen, trotz der Eintragung gar nicht einträte.

Bei der AG. oder GmbH. hat das Gesetz ein der ersteren Möglichkeit entsprechendes, genau geregeltes besonderes Verfahren vorgesehen. Dieses aber war gerade, wie dargelegt, ein wichtiger Beweis dafür, daß die Eintragung unabhängig vom Vorliegen eines ordnungsmäßigen Gründungsaktes aus sich heraus die AG. oder GmbH. zur Entstehung bringt.

Es ist in diesem Zusammenhang ferner bedeutsam, festzustellen, daß Jellinek[178]) dann vor allem einen zweiseitigen Verwaltungsakt, d. h. einen solchen, der durch das Fehlen eines rechtswirksamen Antrags berührt wird, für gegeben ansieht, wenn der Betroffene keine Möglichkeit hat, diesen Verfahrensmangel geltend zu machen, wenn also das Gesetz nicht das Verfahren regelt, in dem sich der fragliche Mangel derart auswirken kann, daß fehlerhafter Verwaltungsakt und Rechtsänderung beseitigt werden. Ob nun gerade ein solch verfahrensrechtlicher Mangel, wie Jellinek annimmt, tatsächlich so schwerwiegend ist, daß er zur Geltung kommen muß, ist eine Frage für sich. Der Hinweis auf Jellinek soll nur beleuchten, wie auch dort darauf abgestellt wird, daß, wenn gewisse Mängel der für besonders wichtig erachteten rechtlichen Mitwirkungshandlungen ein Verfahren ermöglichen, in dem der Verwaltungsakt und die Rechtsänderung beseitigt werden können, der Verwaltungsakt unabhängig von der Mitwirkungshandlung wirkt, daß andererseits

[178]) Jellinek: Festg. S. 111 f.; vgl. auch v. Hippel S. 79 ff.; v. Köhler S. 185.

aber beim Fehlen eines solchen Verfahrens die Rechtsänderung gar nicht eintritt, wenn die Mängel die Mitwirkungshandlungen nichtig machen oder diese überhaupt fehlen.

Wenn es also ein Verfahren gibt, worin die Eintragung der Umwandlung und damit die Umwandlung wieder aufgehoben werden kann, so spricht das dafür, daß diese Eintragung unabhängig von einem gültigen Umwandlungsbeschluß die Umwandlung bewirkt. Gibt es aber ein solches Verfahren nicht, so muß die Eintragung der Umwandlung und damit die Umwandlung bei Fehlen eines gültigen Umwandlungsbeschlusses ungültig sein. Es ist deshalb einmal zu unterstellen, daß die Eintragung der Umwandlung eine schaffende Wirkung hätte, um die Frage prüfen zu können, ob es denn ein Verfahren gäbe, in dem Fehler des Umwandlungsbeschlusses, die beachtet werden müssen, derart zur Geltung kommen könnten, daß sie den Verwaltungsakt der Eintragung und damit die Umwandlung wieder beseitigen.

Senden (S. 49) sagt für die errichtende Umwandlung, daß das UmwG. genaue Bestimmungen für die Beseitigung der fehlerhaft entstandenen OHG. — das müßte aber, wie dargelegt, richtiger heißen: für die Beseitigung der fehlerhaft entstandenen Umwandlung — nicht erlassen habe. Für die verschmelzende Umwandlung nach dem UmwG. und für die Umwandlung nach dem AGes. gilt dasselbe. Es erscheint nun im Zusammenhang mit der Feststellung, daß die Gründe Sendens sich auch bisher nicht als sehr stichhaltig erwiesen haben, ein nicht genügender Erklärungsversuch, wenn Senden einmal meint, das sei mit der Schnelligkeit, mit der diese Gesetzgebung sich vollzogen habe, zu erklären. Vor allem würde das für das neue AGes. auch kaum gelten können. Ob aber das Gesetz, wie Senden ferner annimmt, für die Beseitigung des Verwaltungsaktes der Eintragung der Umwandlung mit der Anwendung vorhandener gesetzlicher Vorschriften auskommen zu können glauben konnte und wollte, ist zu untersuchen.

Gemäß § 144 Abs. 2 FGG. kann ein in das Handelsregister eingetragener Beschluß der Hauptversammlung einer AG. oder KAG. oder der Gesellschafterversammlung einer GmbH. als nichtig gelöscht werden, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung in öffentlichen Interesse erforderlich erscheint. Danach könnte der Um-

wandlungsbeschluß einer AG., KAG. oder GmbH. gelöscht werden.[179])[180]) Der Umwandlungsbeschluß einer Gewerkschaft aber wäre nach § 142 FGG. wegen Verstoßes gegen wesentliche Voraussetzungen zu löschen. Diese jeweils mögliche Löschung könnte als das Verfahren angesehen werden, in dem die Umwandlung, die trotz eines nicht ordnungsmäßigen Umwandlungsbeschlusses zustande kam, wieder beseitigt werden könnte. Denn, wenn — was ja hier zur Prüfung des Problems einmal unterstellt wurde — die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses jedenfalls die Umwandlung herbeiführt und diese, solange, wie eingetragen ist, Bestand hat, könnte an sich auch die Löschung des Umwandlungsbeschlusses die Umwandlung wieder zunichte machen. Die Eintragung und die Löschung des Umwandlungsbeschlusses wären dann das die Umwandlung herbeiführende und vernichtende Element. So wie die — unterstellte — Schaffung der Umwandlung, so wäre auch deren Beseitigung in die Hände des Registerrichters gelegt. Das wäre an sich ohne weiteres verständlich und vertretbar.

Aber folgendes ist zu bedenken. Nach §§ 197, 219 Abs. 3 AGes. kann ein Hauptversammlungsbeschluß, also auch der Umwandlungsbeschluß einer AG. oder KAG. wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung im Wege der Klage angefochten werden. Man könnte nun nicht sagen: Die Aufhebung der schaffenden Eintragung und der Umwandlung könne auch durch das den Umwandlungsbeschluß für nichtig erklärende Urteil gemäß § 197 AGes. erfolgen. Dabei hätte die von Huber[181]) für das die AG.

---

[179]) Senden (S. 49) lehnt bei der errichtenden Umwandlung die Anwendung des § 144 Abs. 2 FGG. ganz ab und will nur § 142 FGG. anwenden, weil § 144 Abs. 2 zwar „dem Wortlaut nach", aber nicht der Sache nach zutreffe. Es handele sich nämlich nicht darum, den nichtigen Umwandlungsbeschluß, sondern die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses zu löschen. Das ist schwer zu verstehen. § 144 Abs. 2 FGG. ist eben das Gegenstück zur Eintragung des Umwandlungsbeschlusses, nämlich seine Löschung. Und wenn man der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses die Umwandlung derart zuschreibt, daß sie auch bei Fehlen des Umwandlungsbeschlusses dadurch herbeigeführt wird, so kann man auch der Löschung des Umwandlungsbeschlusses wiederum die Beseitigung der Umwandlung zukommen lassen. Das wird auch noch im Text ausgeführt. Aber auch dann, wenn man § 142 FGG. anwenden wollte — man müßte es ja sogar für den Umwandlungsbeschluß der Gewerkschaft (§ 144 Abs. 2 FGG.) —, so wäre, wie noch zu erwähnen ist, das, worauf es hier ankommt, nicht anders.

[180]) Böttcher-Meilicke S. 72; vgl. auch Boltz S. 318.

[181]) Verw.-Arch. S. 9.

für nichtig erklärende Urteil[182]) bejahte und von Göppert[183]) und Landsberg[184]) verneinte Frage, ob nämlich der Prozeßrichter sich durch sein Nichtigkeitsurteil über den Verwaltungsakt der schaffenden Eintragung hinwegsetzen könne, keine Bedeutung. Selbst wenn man entgegen Göppert und Landsberg, die mit Recht meinen, daß erst die Löschung — in Form der Eintragung des Nichtigkeitsurteils — des allerdings an das Nichtigkeitsurteil gebundenen Registerrichters die Vernichtung der AG. oder GmbH. bewirke[185]), mit Huber irrig annähme, daß dies schon durch das Nichtigkeitsurteil des Prozeßrichters geschehe, könnte man doch nicht behaupten: Das Urteil gemäß § 197 AGes. überwinde eine besondere Kraft der Eintragung der Umwandlung. Das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil ist nämlich ein Gestaltungsurteil.[186]) Als Gestaltungsurteil vernichtet es den Beschluß. Wenn es aber den Beschluß vernichtet, so muß dieser vorher rechtswirksam gewesen sein. Gewisse Fehler des Beschlusses berühren die Wirksamkeit desselben eben nicht, sie machen ihn nur vernichtbar, anfechtbar. Da das nun auch für nicht eingetragene Beschlüsse gilt, so spielt die Eintragung insofern gar keine Rolle. Die Kraft, gewisse Fehler zu überwinden, hat auch der nicht eingetragene Beschluß und diese Kraft des Beschlusses vernichtet das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil[187]). Es kann nun nicht, ohne daß dafür auch nur der geringste Anhaltspunkt vorhanden wäre — ganz abgesehen davon, daß es merkwürdig wäre[188]), wenn der Prozeßrichter einen unabhängig von seinen Voraussetzungen wirkenden Verwaltungsakt wegen Fehlens der Voraussetzungen beseitigen könnte —, bei eingetragenen Beschlüssen diese Wirkung und dabei auch noch die haben, die Eintragung mit ihrer beson-

---

[182]) Gemäß § 309 HGB., jetzt § 216 AGes.
[183]) Eintragungen, S. 36 ff.
[184]) S. 38.
[185]) Vgl. dazu Göppert: Eintragungen S. 35/36. Dafür spricht auch das Gesetz (§ 218 Abs. 1 AGes. vgl. auch § 311 HGB.); denn es heißt dort: „Ist die Nichtigkeit . . . . auf Grund rechtskräftigen Urteils oder einer Entscheidung des Registerrichters in das Handelsregister eingetragen", so finden die Auflösungsregeln Anwendung. Also erst, wenn der Registerrichter eingetragen, gelöscht hat.
[186]) Göppert, Eintragungen S. 36; Landsberg S. 29 und § 200 Abs. 1 S. 1.
[187]) Vgl. auch § 195 Abs. 1 AGes.: „ . . . Nichtigkeit auf Grund eines auf Anfechtungsklage ergangenen rechtskräftigen Urteils . . . ".
[188]) Vgl. dazu u. S. 52/3.

deren Kraft zu beseitigen. Die besondere Kraft der Eintragung müßte bleiben. Sie könnte durch das Nichtigkeitsurteil nicht vernichtet werden. Unwirksam könnte nur der Beschluß sein.

Wenn also die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses, wie unterstellt wurde, unabhängig von einem ordnungsmäßigen Umwandlungsbeschluß wirken soll, so müßte sie auch dann noch wirken und damit auch dann noch umgewandelt sein, wenn der Umwandlungsbeschluß bereits rechtskräftig für nichtig erklärt worden wäre. Insofern wäre dann auch die Tatsache, daß das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil als Gestaltungsurteil den Beschluß vernichtet, belanglos. Kein Aktionär könnte sich mit irgend einem Erfolg auf das Urteil berufen; denn die Kraft der Eintragung stünde entgegen, die Umwandlung wäre erfolgt. Das Urteil hätte aber, wie gleich zu erwähnen ist, eine andere Bedeutung.

Es fragt sich nun, ob, ähnlich wie — nach richtiger Ansicht — die Eintragung des Nichtigkeitsurteils gemäß § 216 AGes. den Verwaltungsakt der Eintragung der AG. und damit auch die AG. selbst zur Vernichtung bringt, auch die Eintragung des den Umwandlungsbeschluß für nichtig erklärenden Urteils gemäß § 200 Abs. 1 S. 1 AGes. der Akt sein kann, der den Verwaltungsakt der Eintragung der Umwandlung und damit die Umwandlung unwirksam machen kann. Es wäre dann so, daß der Prozeßrichter das Urteil erließe und der Registerrichter daran gebunden wäre. Diese Bindung ergäbe sich nicht aus der Tatsache, daß das Urteil ein Gestaltungsurteil ist, sondern aus § 200 Abs. 1 S. 3 AGes., wonach das gem. § 197 AGes. ergangene Urteil einzutragen ist.[189]) Da nun der Prozeßrichter das Nichtigkeitsurteil nach § 197 AGes. erlassen kann, wenn der Beschluß gegen nicht zwingendes Gesetz oder sogar nur gegen Gesellschaftsvertrag verstößt, so könnte er die Beseitigung des Verwaltungsaktes und der Umwandlung wegen Fehler erzwingen, die geringer sind als die, die dem Registerrichter aus eigner Machtvollkommenheit die Beseitigung des Verwaltungsaktes gestatten. Denn der Registerrichter selbst könnte gemäß § 144 Abs. 2 u. § 142 FGG. nur bei schweren Fehlern — Verstoß gegen zwingendes Gesetz, der im öffentlichen Interesse die Löschung erforderlich macht (§ 144 Abs. 2 FGG.) oder Verstoß gegen wesent-

[189]) Vgl. Landsberg S. 39 und Göppert, Eintragungen S. 35/36.

liche Voraussetzungen (§ 142 FGG.)[190]) — seinen die Umwandlung herbeiführenden Verwaltungsakt der Eintragung und damit die Umwandlung aufheben.[191])

Die Tatsache, daß die Befugnis des Prozeßrichters hier weiter reicht als die des Registerrichters, ist ein auffallender Unterschied zu der Rechtslage bei der Vernichtung der AG. gemäß §§ 216 ff. AGes. und § 144 Abs. 1 FGG. Auch dort bindet zwar der Prozeßrichter durch sein Nichtigkeitsurteil den Registerrichter. Diese Bindung ergibt sich aus § 216 Abs. 4 S. 2 AGes., wonach das Urteil einzutragen ist.[192]) Das Nichtigkeitsurteil kann der Prozeßrichter aber nur wegen Fehlens oder Nichtigkeit der im § 16 Abs. 3 AGes. enthaltenen Bestimmungen, also nur aus denselben Gründen erlassen, aus denen der Registerrichter gemäß § 144 Abs. 1 FGG. (vgl. § 26 Abs. 2 EG. AGes.) löschen kann.[191]) Im neuen AGes. ist ausdrücklich die Bestimmung enthalten, daß auf andere Gründe die Klage nicht gestützt, also aus anderen Gründen der Prozeßrichter ihr nicht stattgeben kann (§ 216 Abs. 1 S. 2 AGes.). Der Registerrichter wird auch nur durch das gemäß § 216 AGes. ergangene Urteil gebunden, also in dem Rahmen, in dem er gemäß § 144 Abs. 1 FGG. selbst, aus sich heraus, den Verwaltungsakt der Eintragung beseitigen und damit die AG. zur Vernichtung bringen kann.[193]) Er darf prüfen, ob der Prozeßrichter das Urteil gemäß § 216 AGes. erließ.[194]) Hat der Prozeßrichter irrtümlich die Nichtigkeit der AG. aus einem anderen Grunde ausgesprochen, so ist das Urteil für den Registerrichter überhaupt bedeutungslos. Er braucht es nicht einzutragen.[195]) Eine weitergehendere Bindung des Registerrichters, eine Bindung an jedes Urteil des Prozeßrichters folgt nicht etwa aus § 200 Abs. 4 S. 2 AGes., wonach das Urteil einzutragen ist. Zwar ist die Bestimmung, daß das Urteil einzutragen ist, nicht, wie gemäß § 309 in Verb. mit § 273 Abs. 1 S. 3 HGB., nur „entsprechend" anzuwenden, sodaß sich daraus ersehen

[190]) Vgl. dazu Schlegelberger § 142 II 2.
[191]) Daß der Registerrichter aus anderen Gründen, als denen der §§ 144, 142 FGG. nicht löschen kann, ergibt sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Darüber besteht kein Zweifel. (Schlegelberger § 144 II 1 und zur Entstehungsgeschichte Ders. unt. I).
[192]) Vgl. Göppert: Eintragungen S. 35; Landsberg S. 39.
[193]) Göppert: Eintragungen S. 43; Landsberg S. 40.
[194]) Vgl. auch Schlegelberger § 144 Anm. 10 a. E.
[195]) Landsberg S. 39; ebenso schon Göppert: Eintragungen S. 43.

ließe,[196]) daß der Registerrichter nur ein im Rahmen des § 309 HGB. erlassenes Urteil eintragen müsse, sondern in § 216 Abs. 4 S. 2 AGes. steht: Das Urteil ist einzutragen. Aber die Tatsache, daß nur das Urteil gemäß § 216 AGes. einzutragen ist, folgt einmal daraus, daß das Gesetz dem Prozeßrichter ausdrücklich diesen Rahmen bestimmt. (§ 216 Abs. 1 S. 2 AGes.) Vor allem ergibt sich das aber, wie Göppert[197]) überzeugend ausgeführt hat, folgerichtig aus der dargelegten Auffassung, daß die Eintragung der AG. ein schaffender Staatsakt sei und insofern keiner Nachprüfung durch den Prozeßrichter unterliege. Eine solche Eintragung, einen solchen Hoheitsakt kann, wenn irgendwelche Mängel vorliegen, grundsätzlich nur der Registerrichter als erlassende Behörde zurücknehmen.[198]) Der Prozeßrichter darf in dieser Richtung nur dann tätig werden, wenn ihn das Gesetz dazu ausdrücklich ermächtigt.[199]) Eine solche Ermächtigung enthält § 216 AGes. Danach kann an Stelle des Registerrichters der Prozeßrichter prüfen, ob zur Vernichtung der AG. führende Fehler vorliegen, und, wenn er das bejaht, durch sein Urteil den Registerrichter zur Löschung veranlassen. Da er aber nur auf Grund dieser besonderen Ermächtigung überhaupt tätig werden kann, kann er es auch nur im Rahmen gerade dieser Ermächtigung. Es wäre allerdings denkbar, daß ein Gesetz die ordentlichen Gerichte zur Beseitigung eines schaffenden Verwaltungsaktes in einem weiteren Rahmen als die einen solchen Akt erlassende Behörde — hier den Registerrichter — ermächtigte und diese Ermächtigung bei der Umwandlung in § 200 Abs. 1 S. 3 AGes. enthalten wäre. Aber es liegt gerade unter Berücksichtigung der Rechtslage bei der AG. auf der Hand, daß dies eine Besonderheit wäre. Welchen Sinn sollte es nämlich haben, den Akt der Beseitigung des Verwaltungsaktes dem Registerrichter zu überlassen,[200]) da er diese Tätigkeit dann, wenn nur ein Verstoß gegen nichtzwingendes Gesetz oder Gesellschaftsvertrag vorliegt, aus sich heraus nicht vornehmen könnte und diese auch,

[196]) Landsberg, S. 40
[197]) Eintragungen S. 30 ff., 32 f.
[198]) Vgl. Göppert: Eintragungen S. 35/36.
[199]) Vgl. Göppert: Eintragungen S. 43.
[200]) Dieser Akt müßte aber hier, abgesehen davon, daß es der richtigen Ansicht entspräche, dem Registerrichter überlassen sein, da wie dargelegt, das hier die einzige Möglichkeit wäre; denn das Anfechtungsurteil könnte nicht eine derartige Wirkung haben.

weil er keinerlei Prüfungsrecht hinsichtlich des Urteils des Prozeßrichters mehr hätte, rein handwerksmäßig wäre. Der Registerrichter würde zwar seinen Akt der Eintragung und damit die Umwandlung beseitigen. Aber er wäre doch in Wirklichkeit nur ausführendes Organ des Prozeßrichters. Sollte das hier wirklich so sein, zumal das doch bei der AG, wie wir sahen, ganz anders ist! Das widerspräche ganz und gar dem folgerichtigen Zuendedenken der Auffassung, daß die Eintragung eine schaffende sei. Dem entspräche es vielmehr, daß der Prozeßrichter, wie auch bei der Beseitigung der AG., höchstens die Ermächtigung bekäme, die auch der Registerrichter hat. Jedenfalls ist das, was dem Prozeßrichter gemäß §§ 197 ff. AGes. ausschließlich zustehen würde, so weitgehend, daß starke Zweifel sich geltend machen, ob die Eintragung des Urteils gemäß § 200 Abs. 1 S. 3 AGes. überhaupt ein Akt sein kann, der die Zurücknahme des Verwaltungsaktes der Eintragung und damit die Beseitigung der Umwandlung bewirken soll.

Man kann nun die dargelegten Bedenken nicht dadurch umgehen daß man sagt: Dann, wenn der Umwandlungsbeschluß der AG. nur gegen nicht zwingendes Gesetz oder Gesellschaftsvertrag verstoße, bestehe keine Möglichkeit der Auswirkung dieser Mängel auf den schaffenden Verwaltungsakt der Eintragung der Umwandlung und damit keine Möglichkeit, die Umwandlung zu beseitigen. Denn weder die Löschung nach § 144 Abs. 2 FGG., noch das den Umwandlungsbeschluß für nichtig erklärende Urteil gemäß § 197 AGes., noch aber auch die Eintragung dieses Nichtigkeitsurteils gemäß § 200 Abs. 1 S. 3 AGes. seien als das Verfahren anzusehen, in dem der Verwaltungsakt der Eintragung der Umwandlung vernichtet werden könne. Es müsse deshalb also wegen Fortbestands der Wirkungen der Eintragung weiterhin umgewandelt sein. Es schade auch nichts, daß die fraglichen geringen Fehler sich nicht auswirken könnten; denn die schweren Fehler könnten ja auf dem Wege über §§ 144 Abs. 2, 142 FGG. die Beseitigung der Umwandlung herbeiführen. Das kann man nicht sagen. Denn damit würden die §§ 197 ff. AGes. hier überhaupt praktisch bedeutungslos. Demgegenüber steht nicht die Frage zur Erörterung, ob das tunlich ist, ob tatsächlich bei Verstoß gegen nicht zwingendes Gesetz oder Gesellschaftsvertrag eine Vernichtung der Umwandlung nicht erfolgen soll; denn das Gesetz widerspricht dem

§ 200 Abs. 1 S. 3 AGes. besagt, daß bei eingetragenen Beschlüssen das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil einzutragen sei. Der Umwandlungsbeschluß aber ist eingetragen, sodaß also auch das die Nichtigkeit dieses Beschlußes wegen Verstoßes gegen die Satzung aussprechende Urteil gemäß § 200 Abs. 1 S. 3 AGes. einzutragen ist. Demnach kann ein solches Urteil auch für den Umwandlungsbeschluß ergehen. Es muß aber dann auch praktische Bedeutung haben, zumal ja dieses Urteil durch die Eintragung kundgemacht wird. Somit müssen sich also auch Verstöße des Umwandlungsbeschlusses gegen nicht zwingendes Gesetz oder Gesellschaftsvertrag der AG. auf die Umwandlung auswirken können, und zwar, wenn die Eintragung schaffend wirkt, wie gesagt, dadurch daß diese und damit die Umwandlung beseitigt werden. Wegen der starken Zweifel aber gegen die in dieser Hinsicht einzige Möglichkeit, nämlich die Eintragung des die Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses aussprechenden Urteils gemäß § 200 Abs. 1 S. 3 AGes., ist es richtiger, diese Eintragung nicht als das Verfahren anszusehen, in dem die Eintragung der Umwandlung der AG. oder KAG. und die Umwandlung dieser Gesellschaften aufgehoben werden. Dann bleibt aber nur eins übrig, nämlich daß mit der durch das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil bewirkten Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses auch die Nichtigkeit der Eintragung der Umwandlung und der Umwandlung selbst eintritt. Die Eintragung gemäß § 200 Abs. 1 S. 3 AGes. ist dann eine solche, die die durch das Urteil herbeigeführte Nichtigkeit lediglich bekundet. Dann wird es auch verständlich, daß der Prozeßrichter viel weitergehendere Prüfungsbefugnis als der Registerrichter hat, daß er den Registerrichter zwingen kann, den Verwaltungsakt auch dann zu löschen, wenn er — der Registerrichter — es aus eigener Machtvollkommenheit nicht könnte. Denn dann handelt es sich ja nicht mehr um die Beseitigung des schaffenden Verwaltungsaktes der Eintragung der Umwandlung, sondern nur darum, die gesellschaftsrechtliche Mitwirkungshandlung, den Umwandlungsbescluß zu vernichten —, von dem die Wirksamkeit der lediglich rechtsändernden Eintragung als seines Bestandteils allerdings abhängt.

Ob nun der Umwandlungsbeschluß auf Grund eines Anfechtungsurteils oder von vorneherein nichtig ist, kann für die Auswirkung

auf die Eintragung der Umwandlung keine Rolle spielen. Der nichtige Beschluß — so oder so nichtig — muß dann, w e n n die Eintragung von dem Fehlen des Beschlusses ohne weiteres berührt wird, also nicht schaffend ist, Eintragung und Umwandlung unwirksam machen. Demnach ist auch die Löschung gemäß § 144 Abs. 2 FGG. nicht das Verfahren, das den Verwaltungsakt der Eintragung und die Umwandlung einer AG. oder KAG. beseitigt. Mit der Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses ist vielmehr auch die Unwirksamkeit der Eintragung und der Umwandlung der AG. oder KAG. ohne weiteres gegeben. Die Löschung bekundet entweder nur diese Nichtigkeit oder aber sie führt, wenn die Nichtigkeit des Beschlusses noch nicht aus den in § 195 Abs. 1 u. 2 Z. 1—4 AGes. aufgezählten Gründen gegeben ist, die Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses herbei (§ 195 Z. 5 AGes.), — von dem dann allerdings wieder die Wirksamkeit der Eintragung als seines Bestandteils abhängt.

Im GmbHGes. nun gibt es keine den §§ 197 ff. AGes. entsprechenden Vorschriften. Wenn man aber mit der herrschenden Lehre und Praxis[201]), wie früher die §§ 271 ff. HGB., jetzt auch die §§ 197 ff. AGes. für die Anfechtung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung einer GmbH. entsprechend anwenden will, dann würde das im Hinblick darauf Gesagte gelten. Wenn aber im Gegensatz zu der herrschenden Lehre und Praxis[202]) eine Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einer GmbH. nicht zugelassen würde, so könnten die gemachten Bedenken bei der Umwandlung der GmbH. nicht auftauchen. Die Löschung nach § 144 Abs. 2 FGG. könnte deshalb hier an sich als das Verfahren, durch das die zwar wirkende, aber fehlerhafte Eintragung und damit auch die Umwandlung beseitigt werden könnten, angesehen werden. Immerhin wäre aber zu bedenken, daß man dabei von einer der Praxis entgegengesetzten Meinung ausgehen würde.

Bei der bergrechtlichen Gewerkschaft kann keinesfalls, wie sich aus § 94 Abs. 3 PrABG. und Art. 158 Abs. 3 Bayer. Bergges. ergibt, der Umwandlungsbeschluß als statutarischer Beschluß ange-

[201]) Hachenburg § 45 Anm. 16—43; Brodmann, GmbHGes. § 47 Anm. 4; Liebmann-Saenger § 45 Anm. 5; RGZ. 85, 311; 104,254.
[202]) So Huber, Verw.-Arch. S. 22 ff.

fochten werden, sodaß hier ähnliche Bedenken, wie sie sich im Hinblick auf § 197 ff AGes. ergaben, nicht auftauchen können. Das Verfahren nach § 142 FGG. könnte also hier an sich als das Verfahren gelten, durch das die zwar wirkende, aber fehlerhafte Eintragung und damit auch die Umwandlung vernichtet werden könnten.

Das, was bezüglich des fraglichen Verfahrens bei der GmbH. und der bergrechtlichen Gewerkschaft gesagt wurde, kann aber nichts daran ändern, daß es ein zweifelsfreies Verfahren für die Beseitigung der Eintragung und der Umwandlung einer AG. oder KAG. wegen der zu beachtenden Mängel des Umwandlungsbeschlusses nicht gibt. Dann aber kann ein solches Verfahren für die GmbH. und die bergrechtliche Gewerkschaft auch nur dann für möglich gehalten werden, wenn dafür zwingende und ausdrückliche Gründe vorhanden sind. Das ist aber nicht der Fall. Im Gegenteil, es ist nur richtig, wenn die Eintragung bei den verschiedenen Fällen der Umwandlung gleich behandelt wird. Jedenfalls muß das solange gelten, als keine zwingenden Gründe etwas anderes fordern.[203]) Deshalb ist auch die Eintragung der Umwandlung anderer Kapitalgesellschaften abhängig von einem gültigen Umwandlungsbeschluß.

Somit wird also die Richtigkeit der Auffassung, daß die Eintragung der Umwandlung eine rechtsändernde (bestätigende, legalisierende) Eintragung ist, durch das Gesagte bestätigt.

[203]) Da aber bei der Eintragung der AG. oder KAG., in die eine Gewerkschaft des älteren Rechts umgewandelt wird, (Vgl. o. S. 45 Anm. 175 und S. 7 Anm. 27) zwingende Gründe etwas anderes fordern, kann hier nicht nur, sondern muß hier auch die Löschung als das Verfahren betrachtet werden, in dem der Verwaltungsakt dieser Eintragung und damit diese Umwandlung aufgehoben werden.

Viertes Kapitel.

Eintragung der Umwandlung und Wirtschaftsleben.

Nunmehr ist noch zu prüfen, wie sich das auf Grund der bisher geführten Untersuchungen gewonnene Ergebnis, daß die Eintragung der Umwandlung nur rechtsändernde und keine schaffende Wirkung hat, im einzelnen praktisch auswirkt und ob es dem Interesse des Wirtschaftslebens entspricht. Dieser Frage tritt die andere gegenüber, ob sich die einzelnen Folgen überhaupt vermeiden lassen, ob sich vor allem für das Wirtschaftsleben tragbarere Folgen ergäben, wenn die Eintragung der Umwandlung eine schaffende (konstitutive) Eintragung wäre. Erst die Verneinung dieser letzten Frage und damit — soweit eben möglich — die Bejahung der ersten Frage wird dann den wichtigsten Grund für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung über die Rechtswirkung der Eintragung der Umwandlung abgeben; denn richtig ist schließlich nur das, was auch praktisch am tragbarsten ist. Juristische Konstruktionen bleiben nur Konstruktionen, deren Richtigkeit letztlich immer irgendwie angezweifelt werden kann. Interessenerwägungen, wie sie allerdings der überwundene Rechtspositivismus, der Wertgedanken nur für den Gesetzgeber aber nicht für den das Gesetz Auslegenden anerkennt, ablehnte, können demgegenüber schließlich den richtigen Weg weisen, einer juristischen Konstruktion die beste, nicht wegnehmbare Stütze geben.[204])

Da die Eintragung einer AG. oder einer GmbH. eine schaffende (konstitutive) Wirkung hat und eine solche Wirkung mit in den Rahmen der Betrachtung gezogen werden muß, liegt die Frage nahe, wie auf Grund dieser Wirkung dort die Folgen sind und ob ähnliche Folgen auch bei der Umwandlung möglich und erstrebenswert sind, oder ob gerade hier eine andersgeartete Rechtslage

[204]) Vgl. dazu auch Bürckner S. 115 ff. und v. Hippel S. 130 ff.

andere Folgen und damit auch eine andere Wirkung der Eintragung bedingen muß. Deshalb wird im folgenden Paragraphen zunächst die Eintragung der AG. oder GmbH. vom Standpunkt des Wirtschaftslebens aus betrachtet.[205])

§ 7. Die Eintragung der AG. oder GmbH. und das Wirtschaftsleben als vergleichendes Beispiel.

Das Ergebnis, daß die Eintragung der AG. oder GmbH. derart wirkt, daß durch sie jedenfalls die Gesellschaft entsteht und nur wieder aufgelöst werden kann, das Ergebnis also, daß es gar keine Nichtigkeit, sondern nur eine Vernichtbarkeit der AG. oder GmbH. gibt, liegt im Interesse des Wirtschaftslebens.[206]) Es zeitigt Folgen, die praktisch am tragbarsten sind. Könnte die AG. oder GmbH. trotz der Eintragung regelrecht nichtig sein, so wäre die Rechtslage sehr ungünstig.[207]) Denn an Stelle einer AG. oder GmbH. wäre eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff. BGB.) entstanden. Jederzeit könnte von jedem Teilhaber die Auflösung derselben verlangt werden (§ 749 Abs. 1 BGB.). Die Bestellung des Vorstandes wäre nichtig.[208]) Für die Gesellschaft könnten keine gültigen Rechtsgeschäfte mit Dritten geschlossen werden. Haften würden grundsätzlich nur die im Namen der Gesellschaft Handelnden als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Was demgegenüber für das Wirtschaftsleben zu fordern ist, liegt auf der Hand.[209]) Es ist in idealer Weise, wie auch geschehen, so zu erreichen, daß die AG. oder GmbH., wenn nur eine tatsächliche Personenvereinigung vorhanden ist, immer durch die Eintragung zur Entstehung gelangt und erst aufgelöst werden muß, daß also die fehlerhaft zustande gekommene AG. oder GmbH. auf Grund eines Hoheitsaktes eine vollgültige Gesellschaft ist.

---

[205]) Es kann natürlich auf den ganzen Fragenkomplex nur in großen Zügen, soweit zu dem herausgestellten Zwecke unbedingt nötig, eingegangen werden.
[206]) Vgl. Göppert, Eintragungen S. 37 und 43 a. E.
[207]) Vgl. dazu im einzelnen Grützmann S. 53 ff.
[208]) So in allem Grützmann S. 53/54.
[209]) Vgl. dazu im einzelnen Grützmann S. 55 ff. an Hand der Denkschrift.

Gewisse ähnliche Ergebnisse, wie dann, wenn die Eintragung der AG. oder GmbH. schaffend wirkt, könnten zwar auch auf andere Art und Weise erreicht werden, und zwar durch den Schutz des Vertrauens auf Erklärungen an die Öffentlichkeit,[210]) wie das z. B. auch gerade bei der Nichtigkeit einer OHG. geschieht.[211]) Vor allem könnte auch eine Verwendung des dem französischen Recht eigenen Rechtsgedankens von der „société de fait“[212]) einigermaßen tragbare Ergebnisse bewirken. Die „société de fait“ ist als fehlerhaft entstandene Gesellschaft zwar keine „société de droit“, keine rechtsmäßige Gesellschaft, aber als tatsächlich vorhandene — eben als „société de fait“ — wird sie, soweit im Interesse des Verkehrs erforderlich[213]), so behandelt wie eine gültige Gesellschaft. Würde das Vertrauen geschützt oder würde eine „société de fait“ anerkannt, dann würden auch nur die Interessen der gutgläubigen Dritten[214]), derer, die mit der Gültigkeit der Gesellschaft rechnen, gewahrt und nicht wie infolge der Bestimmungen der §§ 216 ff. AGes., 75 ff. GmbH.Ges. auch derer, die wissen, daß die Gesellschaft nicht ordnungsmäßig zustande gekommen ist. Das ist an sich genügend. Es besteht nicht ohne weiteres eine Veranlassung, auch die, die wissen, daß die Gesellschaft fehlerhaft errichtet wurde, zu schützen. Aus dem Gesetz ist aber für die AG. oder GmbH. bei zwangloser Auslegung etwas anderes zu entnehmen, nämlich: die Gesellschaft entsteht jedenfalls auf Grund der Eintragung und muß erst aufgelöst werden. Und wenn damit für guten und schlechten Glauben gar kein Raum mehr ist, so ist das hinzunehmen, sogar zu begrüßen. Denn nur diese Regelung schafft eine klare und einfache Rechtslage. Dann sind vor allem auch die Interessen der Gläubiger erst völlig gewahrt. Denn nur eine wirklich gültige AG. oder GmbH. bietet Gewähr für die Einziehung der Einlagen und die Erhaltung des Grund- bzw. Stammkapitals. Nur eine Liquidation der fehlerhaft zustande gekommenen AG. oder GmbH. nach dem AGes. oder dem GmbHGes., nicht aber eine jederzeitige

[210]) Vgl. u. S. 65 Anm. 232.
[211]) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim S. 543 insbes. S. 646 u. Hildegard Meyer S. 20 ff.
[212]) Vgl. Hémard Nr. 7, 8, 21, 352, 353 ff. u. Kesseler S. 486.
[213]) Vgl. Hémard Nr. 8.
[214]) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim S. 543, 646; RGZ. 89, 163; Hémard Nr. 7;
vgl. allerdings dagegen Staub-Pinner, § 123 Anm. 10.

Aufhebung der AG. oder GmbH. als eine Gemeinschaft nach bürgerlichem Recht wird den Gläubigern völlig gerecht. Insbesondere aber kann der Vertrauenschutz oder die société de fait für das Innenverhältnis, die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter, nicht als ausreichend betrachtet werden, da sich dieser Schutz nur auf das Außenverhältnis, auf Dritte, erstreckt. Es wäre, wenn die Eintragung der AG. oder GmbH. nur rechtsändernd wirken würde, insofern nie eine gültige AG. oder GmbH., sondern immer nur eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, eine nichtrechtsfähige Vereinigung vorhanden. Deshalb ist nicht ein Schutz des Vertrauens, nicht die Anerkennung einer „société de fait", die nur für gutgläubige Dritte wie eine „société de droit" behandelt wird, die also tatsächlich eben nicht vollgültige Gesellschaft ist — alles das nicht, sondern nur eine auf Grund der Eintragung vollgültig entstandene AG. oder GmbH., die nur wieder aufgelöst werden kann, wirtschaftlich am besten. Und so ist das auf Grund der zwanglosen Auslegung des Gesetzes gefundene Ergebnis, daß die Eintragung der AG. oder GmbH. in das Handelsregister eine schaffende (konstitutive) Eintragung ist, richtig.[215])

§ 8. Vorbemerkungen zu der Betrachtung über die Eintragung der Umwandlung und das Wirtschaftsleben.

In dem Falle, daß die Eintragung aus sich heraus, welche Fehler auch immer die gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungshandlungen aufweisen mögen, eine Rechtsänderung bewirkt, ist die Frage, wann diese Mitwirkungshandlungen rechtsunwirksam sind, müßig. Denn die Eintragung ist ja trotz aller Fehler gültig. Diese Frage wird vielmehr dann von der anderen Frage verdrängt, welche Fehler der Mitwirkungshandlungen dazu geeignet sind, das Fortbestehen der Rechtsänderung in Frage zu stellen. Das zeigt das typische Beispiel der AG. oder GmbH. Das in dieser Arbeit für die Eintragung der Umwandlung gewonnene Ergebnis aber zwingt zu der Frage, wann denn der Umwandlungsbeschluß nicht rechtswirksam ist. Diese Frage ist eine andere als die bisher beantwortete und behandelte Frage, ob der Verwaltungsakt der Eintra-

[215]) Ein weiterer Grund, der im Interesse des Wirtschaftslebens für die dargelegte Wirkung der Eintragung einer AG. oder GmbH. spricht, wird in anderem Zusammenhang zu erwähnen sein (vgl. u. S. 76 Anm. 255).

gung abhängig oder unabhängig von einem rechtswirksamen Beschluß ist. Während die letztere Frage verwaltungsrechtlicher Natur war, ist die Beantwortung der nun zu behandelnden Frage nach der Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses aus dem Handelsrecht zu gewinnen.

Danach ist, wie schon angedeutet wurde, zwischen nichtigen, d. h. von vornherein ungültigen, und anfechtbaren, d. h. erst nach rechtskräftigem der Anfechtungsklage stattgebendem Urteil ungültigen Beschlüssen zu unterscheiden.

Der Umwandlungsbeschluß als Beschluß der Hauptversammlung einer AG. oder KAG. (§§ 195 ff., 219 Abs. 3 AGes.) oder der Gesellschafterversammlung einer GmbH.[216]) kann anfechtbar oder nichtig sein. Der Umwandlungsbeschluß einer Gewerkschaft ist als statutarischer Beschluß, wie sich aus § 94 Abs. 3 PrABG. und Art. 158 Abs. 3 Bayr. Bergges. ergibt, nie anfechtbar, sondern nur nichtig. Nichtig ist der Umwandlungsbeschluß einer AG. oder KAG. nach den Bestimmungen des § 195 AGes., der einer GmbH. oder Gewerkschaft[217]), wenn er gegen zwingendes Gesetz verstößt. Anfechtbar ist der Umwandlungsbeschluß einer AG. oder KAG., wenn er nicht gemäß § 195 AGes. nichtig ist, der einer GmbH., wenn er nur gegen nicht zwingendes Gesetz verstößt oder dem Gesellschaftsvertrag widerspricht. Wann im einzelnen ein Verstoß gegen zwingendes und wann ein solcher gegen nicht zwingendes Gesetz vorliegt, ist sehr bestritten.[218]) Darauf kann natürlich im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden, zumal das auch nicht unmittelbar eine Frage der Rechtswirkung der Eintragung, sondern eine Frage der Rechtswirkung des Beschlusses ist.

---

[216]) So die h. L. u. Praxis, vgl. o. S. 56 Anm. 201.

[217]) Sonst ist der Beschluß der Gewerkschaft gültig. So für das PrABG. — das muß auch für das Bayer. Bergges. gelten — die richtige Meinung Isay's (S. 454 unt. b). Dagegen Brassert (S. 373). Der Streit beider hängt mit der Auffassung über die Anfechtung nach § 115 PrABG. zusammen. Im einzelnen kann darauf nicht eingegangen werden. Vgl. auch Huber, Verw.-Arch. S. 24 ff.

[218]) Für den Hauptversammlungsbeschluß einer AG. oder KAG. ist diese Frage durch den § 195 AGes. belanglos geworden. Für die übrigen Gesellschaftsbeschlüsse sind im einzelnen die Ausführungen Hueck's und die Ausführungen Boltz' (S. 377 ff. speziell über die Nichtigkeit u. Anfechtbarkeit von Umwandlungsbeschlüssen) zu vergleichen. Es sei noch darauf hingewiesen, daß Verstöße gegen die meisten Vorschriften des UmwG. den Umwandlungsbeschluß nichtig machen werden (Crisolli-Groschuff-Kaemmel § 10 Anm. 3).

Die Tatsache nun, daß gewisse Mängel des Umwandlungsbeschlusses diesen und damit auch die Wirksamkeit der Umwandlung nicht[219]) oder bei der Anfechtbarkeit zunächst nicht berühren[220]) und dann, wenn letzteres der Fall ist, nur innerhalb einer kurzen Ausschlußfrist[221]) (§ 199 Abs. 1 AGes.) überhaupt geltend gemacht werden können, ist für das Wirtschaftsleben bedeutsam. Eine Reihe von Mängeln des Umwandlungsbeschlusses ist damit schon völlig oder doch in einem gewissen Maße ausgeschaltet. Es schadet insofern nicht, daß die Eintragung der Umwandlung keine besondere Kraft entfaltet. Eine solche könnte insofern gar keine praktische Bedeutung haben. Erst wenn durch ein der Anfechtungsklage stattgebendes Urteil der Umwandlungsbeschluß für nichtig erklärt worden ist, macht sich die Abhängigkeit der Eintragung und damit der Umwandlung von dem Umwandlungsbeschluß bemerkbar.

Bei der Nichtigkeit ist das anders. Sie ist ohne weiteres vorhanden. Ein genügender Schutz dagegen aber, daß sie sich plötzlich ohne zwingenden Grund dann noch auswirken kann, nachdem die Umwandlung bereits eine lange Zeit hindurch als gültig angesehen wurde, ist bei dem Beschluß einer AG. oder KAG. dadurch gegeben, daß spätestens 3 Jahre nach der Eintragung nur der Registerrichter im öffentlichen Interesse gemäß § 144 Abs. 2 FGG. löschen kann (§ 196 AGes.). Daß bei den Beschlüssen der übrigen Gesellschaften ähnliche Einschränkungen fehlen, ist zu bedauern. Zu erstreben wären auch hier ähnliche Bestimmungen wie bei der AG. oder KAG.

Die Frage, ob das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil den anfechtbaren Umwandlungsbeschluß und damit die Umwandlung ex tunc oder ex nunc nichtig mache und wem gegenüber diese oder jene Wirkung eintrete[222]), ist hier nicht wichtig. Denn sicher ist es, daß die Nichtigkeit, die ohne Anfechtung vorhanden ist, eine solche ex tunc ist. Da es aber hier nur darauf ankommt

[219]) z. B. Verletzung von Ordnungsvorschriften (Hueck S. 13/14) und bei der Gewerkschaft auch alle Verstöße gegen nicht-zwingendes Gesetz.
[220]) Vgl. dazu im einzelnen Hueck S. 186 ff.
[221]) Bei der Anfechtung des Beschlusses einer GmbH. fehlt diese. Die dadurch bedingte Unsicherheit läßt sich aber vermeiden, wenn im Gesellschaftsvertrag für die Anfechtung eine Frist bestimmt wird (vgl. Liebmann-Saenger § 45 Anm. 5).
[222]) Vgl. dazu Hueck S. 194; Staub-Pinner, § 273 Note 4 ff.

zu sehen, wie die Rechtslage im ganzen ist, genügt es, die Nichtigkeit ex tunc zu behandeln. Und es kann — wie das auch meist geschieht[223]) — angenommen werden, daß auch die auf Grund eines Nichtigkeitsurteils eintretende Nichtigkeit eine Nichtigkeit ex tunc ist. Im übrigen sei noch darauf hingewiesen, daß die in diesem Zusammenhang bei der Fusion eine Rolle spielende Streitfrage[224]), ob der Vermögensübergang von der aufzulösenden Gesellschaft auf die übernehmende trotz eines der Anfechtungsklage stattgebenden Urteils erfolgt ist,[225]) bei der verschmelzenden Umwandlung nach dem UmwG. sicher zu verneinen ist. Denn die Personalgesellschaft ist nicht, wie bei der nichtigen Fusion, die übernehmende Gesellschaft Dritter, sondern Aktionär bzw. Gesellschafter (§§ 2, 8 UmwG.). Diesen gegenüber aber wirkt das Urteil jedenfalls (§ 200 Abs. 1 S. 1 AGes.). Bei der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. und bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften untereinander nach dem AGes. aber ist die erwähnte Streitfrage überhaupt belanglos; denn hier besteht dieselbe Gesellschaft in einer anderen Form weiter. Es liegt gar kein Vermögensübergang vor.

Es ist also in den folgenden Paragraphen die — durch die lediglich rechtsändernde (bestätigende, legalisierende) Wirkung der Eintragung der Umwandlung bedingte — Nichtigkeit der Umwandlung ex tunc zu betrachten. Und dieser Nichtigkeit ex tunc gegenüber ist dann die Rechtslage zu schildern, die eintreten könnte, wenn die Eintragung nicht nur rechtsändernd, sondern schaffend wirken würde.

§ 9. Die Eintragung der verschmelzenden Umwandlung nach dem UmwG.

Die Nichtigkeit ex tunc der verschmelzenden Umwandlung wirkt sich folgendermaßen aus:

Die Kapitalgesellschaft ist nicht untergegangen, sie besteht weiter. Ihre Organe treten wieder in Funktion (eventl. findet §

[223]) Vgl. Hueck S. 207.

[224]) Diese Streitfrage ist aber tatsächlich nicht eine Frage danach, ob das Urteil ex nunc oder ex tunc wirke; denn, wenn der Übergang des Vermögens bleibt, so ist das weder eine Nichtigkeit ex nunc noch ex tunc, sondern insofern bleibt die Fusion. Das Urteil hat insofern keine Kraft (vgl. auch u. S. 71 Anm. 247, S. 74 Anm. 253 und Schultze v. Lasaulx S. 372).

[225]) Vgl. Hueck S. 199 ff. bes. S. 207; Flechtheim S. 26 f.

29 BGB. entsprechende Anwendung).[226]) Der Vermögensübergang von dieser auf die Personalgesellschaft ist nicht erfolgt. Die sämtlichen übernommenen Vermögensstücke gehören der Kapitalgesellschaft. Ist dieses Vermögen schon tatsächlich von der Personalgesellschaft übernommen worden, so ist es zurückzugeben.[227]) Soweit das unmöglich ist, haftet die Personalgesellschaft gemäß §§ 985 ff. BGB.[228]) und nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.[229]). Die Rechtslage entspricht insofern der Billigkeit. Verluste, die die Kapitalgesellschaft erleiden kann, z. B. wenn die Personalgesellschaft nur nach §§ 812 ff. BGB. haftet, sind Verluste, die bei jeder ungültigen Veräußerung möglich sind.

Dritte, die Gegenstände aus dem Vermögen der Kapitalgesellschaft durch die Personalgesellschaft erwerben, erwerben vom Nichtberechtigten. Sie sind also, soweit sie gutgläubig sind, nach den allgemeinen Regeln geschützt.[230])

Schuldner der Kapitalgesellschaft, die im Vertrauen auf die Umwandlung an die Personalgesellschaft zahlen, bleiben trotz der Ungültigkeit der Umwandlung befreit.[231]) Denn der Glaube an eine im Handelsregister enthaltene Eintragung verdient unter gewissen Voraussetzungen Schutz.[232]) Das, was der Schuldner an

---

[226]) Bergmann, § 2 Anm. 43.
[227]) Düringer-Hachenburg, § 4 Anm. 4 (vgl. auch Hueck s. 218).
[228]) Bergmann, § 2 Anm. 43.
[229]) Bergmann, § 2 Anm. 43 (vgl. auch Wolff S. 297 unt. c) vgl. auch Hueck S. 218.
[230]) Düringer-Hachenburg, § 4 Anm. 4.
[231]) Düringer-Hachenburg, § 4 Anm. 4.
[232]) Dieses Prinzip sei, so sagt Düringer-Hachenburg (§ 4, Anm. 4) in § 15 HGB. enthalten. Jedenfalls hat sich gewohnheitsrechtlich — auch in feststehender Praxis des Reichsgerichts — der Satz herausgebildet, daß eine für die Allgemeinheit bestimmte, in diesem Sinne öffentliche Erklärung eine selbständige juristische Bedeutung habe; wer sie in handelsüblicher Weise abgebe, müsse sich gefallen lassen, daß jeder Dritte ihren Inhalt für richtig hält. Daher dürfe der Dritte eine ins Handelsregister eingetragene unrichtige Tatsache unter bestimmten Voraussetzungen für richtig halten. (Ehrenberg, Bd. I S. 645; vgl. auch Gierke S. 49). Außerdem ergibt sich das bei der Zahlung der Schuldner der Kapitalgesellschaft an die Personalgesellschaft auch aus dem in § 409 BGB. enthaltenen Grundgedanken. Zwar handelt es sich bei der Umwandlung nicht um eine Abtretung der Forderungen der Kapitalgesellschaft an die Personalgesellschaft, aber den „Übergang" der Forderungen von jener auf diese zeigt jene durch die Anmeldung zum Handelsregister an. Die Rechtslage ist ähnlich, wie sie § 409 BGB. im Auge hat.

die Personalgesellschaft zahlt, wird natürlich zum Vermögen der Kapitalgesellschaft gerechnet. Die Personalgesellschaft hat dementsprechend der Kapitalgesellschaft mehr zurückzugeben.

Was die Rechtslage der Gläubiger der Kapitalgesellschaft bei der Ungültigkeit der Umwandlung ex tunc angeht, so ist diese folgende: Die Gläubiger der Kapitalgesellschaft können sich nicht mehr wie bei der gültigen Umwandlung sowohl an das durch die Personalgesellschaft übernommene Vermögen der Kapitalgesellschaft als auch an das Vermögen der Personalgesellschaft und deren persönlich haftenden Gesellschafter halten[233]), sondern nur noch an das Vermögen der Kapitalgesellschaft[234]). Das bedeutet aber keinen Nachteil für sie; denn diese Gläubiger haben, wie Düringer-Hachenburg[235]) mit Recht bemerkt, der Kapitalgesellschaft Kredit vor der Umwandlung gegeben. Mit der Umwandlung, d. h. dem Vermögen der Personalgesellschaft und der persönlich haftenden Gesellschafter konnten sie nicht rechnen. Wenn ihnen also das Vermögen der Kapitalgesellschaft als Zugriffsobjekt dient, genügt das, zumal ihnen dieses gemäß §§ 6, 7 UmwG. auch dann eine hinreichende Zeit erhalten bleibt, wenn der Umwandlungsbeschluß noch nicht angefochten, wenn also noch umgewandelt ist. Bei der von vorneherein vorhandenen Nichtigkeit aber, bei der §§ 6, 7 UmwG. nicht anwendbar sind, ist es so, daß die Personalgesellschaft entweder irrtümlich annimmt, es sei gültig umgewandelt, oder daß sie weiß, daß die Umwandlung nichtig ist. Im ersteren Falle hat sie auch von ihrem Standpunkt aus die §§ 6, 7 UmwG. zu beachten.[236]) Weiß sie aber, daß die Umwandlung nichtig ist,

[233]) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 4 Anm. 12.

[234]) Was Gläubiger der Kapitalgesellschaft aber einmal aus dem Vermögen der Personalgesellschaft oder deren persönlich haftenden Gesellschafter erhalten haben, brauchen sie nicht zurückzugewähren — es sei denn, daß sie, wissend um die fehlerhaft zustande gekommene Umwandlung, in sittenwidriger Weise (§ 826 BGB.) daraus Befriedigung erlangten. Denn sie nahmen es ja vom Eigentümer entgegen. Die Personalgesellschaft bzw. die Gesellschafter haben nur insofern einen Ersatzanspruch gegen die Kapitalgesellschaft. Was die Gläubiger aus dem Vermögen der Kapitalgesellschaft erhalten haben, bleibt ihnen erst recht. Die Personalgesellschaft hat dann der Kapitalgesellschaft entsprechend weniger zurückzugeben.

[235]) § 8 Anm. 32.

[236]) Die Folgen daraus — Widerspruchsrecht der Gläubiger der Kapitalgesellschaft, Nichtigkeit der Zahlungen, Entnahmen (vgl. Düringer-Hachenburg § 7 Anm. 46) — ergeben sich, sobald die Nichtigkeit gegeben ist, natürlich in Wirklichkeit aus dem Eigentum der Kapitalgesellschaft und dem fehlenden Eigentum der Personalgesellschaft.

so hat sie erst recht das übernommene Vermögen zu erhalten. Sie darf nicht darüber verfügen. Ihre Haftung verschärft sich dann auch gemäß § 990 BGB. Entnahmen durch die Gesellschafter der Personalgesellschaft sind bei der Nichtigkeit der Umwandlung unabhängig von §§ 6, 7 UmwG. ungültig.

Nun ist die Rechtslage der Gläubiger der Personalgesellschaft zu betrachten. Zwei Gruppen sind dabei zu unterscheiden.

Die erste Gruppe umfaßt diejenigen Gläubiger, die bereits Gläubiger der Personalgesellschaft waren, als die (fehlerhafte) Umwandlung erfolgte. Bei Ungültigkeit der Umwandlung können sie sich nur an das Vermögen der Personalgesellschaft und der persönlich haftenden Gesellschafter halten.[237]) Die Erhaltung des Vermögens der Personalgesellschaft ist für sie nun nicht so sicher wie für die Gläubiger der Kapitalgesellschaft die Erhaltung des Vermögens der Kapitalgesellschaft; denn eine dem § 7 UmwG. entsprechende Vorschrift besteht zugunsten der Gläubiger der Personalgesellschaft nicht. Die Gläubiger der Kapitalgesellschaft können bei der gültigen Umwandlung — also ehe der Umwandlungsbeschluß durch Nichtigkeitsurteil für nichtig erklärt oder, was praktisch dasselbe ist, ehe die Nichtigkeit der Umwandlung bemerkt worden ist — nicht auf das Vermögen der Kapitalgesellschaft verwiesen werden.[238])

Aber die Personalgesellschaft hat dann, wenn aus ihrem Vermögen Gläubiger der Kapitalgesellschaft befriedigt wurden, bei der Ungültigkeit der Umwandlung einen Regreßanspruch gegen die Kapitalgesellschaft[239]), der auch ihren Gläubigern zugute kommen kann. Insbesondere aber besteht für die Gläubiger der Personalgesellschaft eine unbeschränkte Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter der Personalgesellschaft, sodaß hier dem Gesellschaftsvermögen im Gegensatz zu dem Vermögen einer Kapitalgesellschaft keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt.

---

[237]) Erhielten sie Befriedigung aus dem Vermögen der Kapitalgesellschaft, so kann die Nichtigkeit der Umwandlung gutgläubigen Gläubigern der Personalgesellschaft gegenüber keine Wirkung haben. Sie erwarben gutgläubig vom Nichteigentümer und sind geschützt. Andererseits ist aber nicht ohne weiteres Grund vorhanden, die Bösgläubigen zu schützen. Sie müssen das Erlangte zurückgeben.

[238]) Düringer-Hachenburg, § 4 Anm. 12.

[239]) Vgl. o. S. 66 Anm. 234.

Die zweite Gruppe der Gläubiger der Personalgesellschaft setzt sich aus denjenigen Gläubigern zusammen, die erst nach der (fehlerhaften) Umwandlung, gerade im Vertrauen auf ihre Gültigkeit, also im Vertrauen auf das durch die Personalgesellschaft übernommene Vermögen der Kapitalgesellschaft, in rechtliche Beziehungen zu der Personalgesellschaft getreten sind. Für sie bedeutet es nun nicht ohne weiteres eine Härte, wenn ihnen bei der Ungültigkeit der Umwandlung das Vermögen der Kapitalgesellschaft, auf das sie vertrauten, entzogen ist; denn damit konnten sie auch bei der Gültigkeit der Umwandlung im Hinblick auf § 7 UmwG., der dieses Vermögen zunächst den Gläubigern der Kapitalgesellschaft vorbehält, nicht ohne weiteres rechnen. War allerdings § 7 UmwG. nicht mehr anwendbar, so durften auch die Gläubiger der Personalgesellschaft auf das Vermögen der Kapitalgesellschaft vertrauen. Dann sind sie aber für den Fall, daß das Vermögen der Personalgesellschaft und der persönlich haftenden Gesellschafter nicht zur Befriedigung ausreicht[240]), hinreichend dadurch geschützt, daß die Personalgesellschaft von der Kapitalgesellschaft die Übernahme der Schuld, die sie im Vertrauen auf die erfolgte Umwandlung gemacht hat, verlangen kann.[241]) Außerdem würde auch durch eine von Schultze v. Lasaulx[242]) für die Fusion geforderte entsprechende Anwendung des § 311 Abs. 3 HGB. — nach dem neuen Recht durch eine entsprechende Anwendung des gleichlautenden § 218 Abs. 3 AGes.[243]) — eine Haftung der Kapitalgesellschaft erreicht werden können. Das Reichsgericht[244]) hatte eine entsprechende Anwendung des § 311 Abs. 3 HGB. für eine nichtige Kapitalerhöhung für anwendbar gehalten. Danach hätte die Einzahlung trotz der Nichtigkeit des

---

[240]) Es ist daran zu erinnern, daß bei der Nichtigkeit der Umwandlung die Personalgesellschaft wieder Anteile an der nicht untergegangen Kapitalgesellschaft hat. Wenn es auch für die Gläubiger der Personalgesellschaft nicht dasselbe ist, ob sie sich an das Vermögen der Kapitalgesellschaft halten können oder nur an alle im Besitz der Personalgesellschaft befindlichen Anteile, da das tatsächlich vorhandene Vermögen der Kapitalgesellschaft größer sein kann als der in den Anteilen zum Ausdruck kommende Wert des Gesellschaftsvermögens, so sind diese doch immerhin bedeutsam.

[241]) Düringer-Hachenburg § 4 Anm. 4.

[242]) S. 369 ff., bes. S. 372.

[243]) § 311 Abs. 3 HGB. bez. § 77 Abs. 3 GmbHGes. lautete: Die Gesellschafter haben die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.

[244]) RGZ. 85, 311 (315).

Kapitalerhöhungsbeschlusses zu erfolgen. Schultze v. Lasaulx nun hat diesen Gedanken weiter geführt und wendet § 311 Abs. 3 HGB. für die nichtige Fusion entsprechend an, da die Fusion sich im wesentlichen als Kapitalerhöhung auswirke (S. 371). Das ginge nun nicht so, wie er mit Recht bemerkt, daß weitere Einzahlungen der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft in der dieser Kapitalerhöhung entsprechenden Summe gemacht würden, da ja mit dem Vermögensübergang von der aufzulösenden auf die aufnehmende Gesellschaft die Einzahlungen geleistet würden. Vielmehr solle das Vermögen der aufzulösenden und infolge der Nichtigkeit der Fusion noch bestehenden Gesellschaft mit dem Vermögen der aufnehmenden Gesellschaft so weit haften, als es zur Befriedigung der neuen Gläubiger notwendig sei. Das ist in der Tat eine richtige Lösung. Und diese kann auch für die verschmelzende Umwandlung entsprechend verwandt werden. Zwar wirkt sich diese nicht wie die Fusion als eine Kapitalerhöhung im technischen Sinne aus. Denn es gibt bei der Personalgesellschaft, wo die Gesellschafter persönlich haften, keine Kapitalerhöhung in dem Sinne wie bei der AG. oder GmbH. Wirtschaftlich aber stellt sich die Übernahme des Vermögens der Kapitalgesellschaft durch die Personalgesellschaft als eine „Erhöhung des Kapitals", als eine „Erweiterung der Haftungsbasis"), als einen Zuwachs dar. Und deshalb ist es bei der Nichtigkeit der Umwandlung und damit bei der Nichtigkeit des Vermögensüberganges — bei der Nichtigkeit der „Erhöhung des Kapitals der Personalgesellschaft" — ähnlich wie bei der Nichtigkeit der Fusion. So wie Schultze v. Lasaulx dort eine Haftung des Vermögens der Gesellschaft, die untergehen sollte, fordert, so muß hier das Vermögen der Kapitalgesellschaft, die umgewandelt werden sollte, haften, allerdings nur soweit die neuen Gläubiger der Personalgesellschaft auf dieses Vermögen überhaupt — also, wenn § 7 UmwG. nicht mehr anwendbar war — vertrauen durften und nur soweit, als die Haftung der Personalgesellschaft nicht ausreicht. Durch eine solche Inanspruchnahme des Vermögens der Kapitalgesellschaft sind auch deren Gläubiger nicht geschädigt, da sie, nachdem § 7 UmwG. nicht mehr angewandt werden kann, vor dem Hinzutreten neuer Gläubiger nicht bewahrt sein können. Auch bei der gültigen Umwandlung müssen die alten Gläubiger insofern mit den neuen Gläubigern konkurrieren.

Sollten im Verlauf der obigen Darstellung Zweifel über die Tragbarkeit der — durch die lediglich rechtsändernde Wirkung der Eintragung der Umwandlung bedingten — et tunc-nichtigen Umwandlung aufgekommen sein, so ist das nicht das Entscheidende. Es fragt sich demgegenüber vielmehr, wie schon gesagt, ob die Rechtslage günstiger ist, wenn die Eintragung unabhängig von einem gültigen Umwandlungsbeschluß die Umwandlung herbeiführt und Eintragung und Umwandlung erst wieder beseitigt werden müssen.

Senden, der annimmt, daß die Eintragung der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. schaffende Wirkung habe, meint (S. 52), daß die Löschung dieser Eintragung — das müßte gleichermaßen für die Löschung der schaffenden Eintragung jeder anderen Umwandlung gelten — eine Nichtigkeit et tunc bedinge. Er sagt dann mit Recht, das verursache eine ziemlich schwierige Rechtslage. Und diese wäre in der Tat in Bezug auf die bisher betrachteten Beziehungen, Objekte und Personen keine andere, als wenn die Eintragung nur rechtsändernde Wirkung hat. Deshalb brauchte also die Eintragung insofern keine schaffende zu sein. Allerdings entspricht es gerade der schaffenden Wirkung einer Eintragung, daß mit ihrer Beseitigung, entgegen der Ansicht Sendens, eine Nichtigkeit et nunc eintritt.[245]) Eine solche wäre zwar dann, wenn der Umwandlungsbeschluß nur auf Anfechtung hin nichtig wird, rein konstruktiv auch vertretbar.[246]) Aber bei der Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses, die schlechthin vorhanden ist, fehlt eine solche Möglichkeit. Eine Nichtigkeit der Umwandlung ex nunc ist dann nur als Konsequenz einer schaffenden Wirkung der Eintragung möglich.

Es fragt sich nun, ob bei einer Nichtigkeit ex nunc die Rechtslage in Bezug auf die bisher betrachteten Beziehungen, Objekte und Personen günstiger wäre, sodaß also deshalb eine schaffende Wirkung der Eintragung der Umwandlung wünschenswerter erschiene.

---

[245]) So für den rechtsfähigen Verein gerade als Konsequenz der schaffenden Wirkung der Eintragung (vgl. Staudinger-Riezler § 21 Anm. 29; Enneccerus-Nipperdey S. 306 VI, 2).

[246]) Man könnte genau so gut gegen Hueck (S. 194) (vgl. auch Horrwitz S. 114 u. Staub-Pinner § 273 Anm. 4) sagen, daß das Fehlen einer den §§ 142, 1343 BGB. entsprechenden Vorschrift, daß nämlich die Anfechtung eine Nichtigkeit ex tunc herbeiführe, gerade beweise, daß der Gesetzgeber das nicht wolle, daß vielmehr das Urteil ex nunc wirken solle.

Wäre die Umwandlung ex nunc nichtig, so würde das folgendes bedeuten: Die Umwandlung der Kapitalgesellschaft in die Personalgesellschaft bleibt, auch wenn die Umwandlung nichtig wird, für die Zwischenzeit zwischen Eintritt der fehlerhaften Umwandlung einerseits und dem Eintritt der Nichtigkeit ex nunc andererseits. Für die Zwischenzeit ist umgewandelt gewesen. Ex nunc ist nicht mehr umgewandelt. Das, was für die Zwischenzeit war, nämlich umgewandelt, ist von jetzt an nicht mehr. Das muß heißen: die für die Zwischenzeit untergegangene Kapitalgesellschaft lebt von nun an wieder auf.

Der Vermögensübergang ist ebenfalls für die Zwischenzeit erfolgt, die Personalgesellschaft bleibt für diese Zeit Eigentümerin des Vermögens der Kapitalgesellschaft. Für die Zukunft kann es, da die Umwandlung nun beseitigt ist, nicht der Personalgesellschaft verbleiben.[247]) Das übernommene Vermögen muß demnach entsprechend dem Vorgang des Wiederauflebens der Kapitalgesellschaft dieser wieder anfallen. Es handelt sich aber nur um das Vermögen, das von dem übernommenen Vermögen noch vorhanden ist. Denn in der Zwischenzeit gehörte dieses Vermögen der Personalgesellschaft. In dieser Zeit konnte sie deshalb auch darüber verfügen, ohne jetzt irgendwelche Ersatzansprüche[248]) fürchten zu müssen.

Ganz abgesehen davon, daß die praktische Durchführung der Trennung der beiden Vermögen gleich schwierig sein wird, ob nun, wie bei der Nichtigkeit der Umwandlung ex tunc, das zur Zeit des Eintrittes der (fehlerhaften) Umwandlung, oder, wie bei der Nichtigkeit der Umwandlung ex nunc, das bei Eintritt der Nichtigkeit der Umwandlung vorhandene Vermögen, zurückgegeben werden muß, ist vor allem folgendes zu beachten. Die Kapitalgesellschaft kann Verluste durch die Verfügungen der Personalgesellschaft in der Zwischenzeit, ohne daß sie dafür irgendwelche Ersatzansprüche hat, erleiden. Andererseits könnte das ausgeglichen werden durch

[247]) Damit das Vermögen der Personalgesellschaft verbleiben kann, muß weder eine Nichtigkeit ex nunc noch eine solche ex tunc gegeben sein (vgl. auch o. S. 64 Anm. 224 und u. S. 74 Anm. 253). Nichtigkeit ex nunc heißt: die Rechtsänderung — Vermögensübergang usw. — ist von jetzt an nicht mehr vorhanden.

[248]) Abgesehen von Ansprüchen gemäß § 826 BGB., weil die Personalgesellschaft im Bewußtsein der fehlerhaften Umwandlung die übernommenen Vermögensstücke in sittenwidriger Weise der Kapitalgesellschaft entziehen wollte.

Befriedigung der Gläubiger der Kapitalgesellschaft aus dem Vermögen der Personalgesellschaft, ohne daß letztere hier, wie bei der Nichtigkeit ex tunc deshalb einen Regreßanspruch hätte. Ob aber wirklich ausgeglichen wird, das ist immer eine Frage. Die Möglichkeit, daß die eine oder andere Gesellschaft Verluste erleidet, ist jedenfalls gegeben. Bei einer Nichtigkeit ex tunc dagegen wird der Ausgleich sicherer und gleichmäßiger herbeigeführt.[249]) Ein solcher Ausgleich ist aber deshalb vorzuziehen, weil im Hinblick auf die beiden Gesellschaften nicht einzusehen ist, warum möglicherweise das Vermögen der einen Gesellschaft der anderen für die Zwischenzeit zugute kommen soll. Gewiß, wirtschaftlich soll die Kapitalgesellschaft mit der Personalgesellschaft indentisch sein. Aber gerade dann, wenn die Personalgesellschaft nicht Alleingesellschafterin ist,[250]) so sind die Interessen der anderen Gesellschafter zu berücksichtigen. Warum soll die Personalgesellschaft als Gesellschafterin besondere Vorteile auf Kosten ihrer Gesellschaft haben, zumal es meist so sein wird, daß eine nicht ordnungsmäßige Umwandlung von der Mehrheit, d. h. der Personalgesellschaft, gegenüber der Minderheit durchgeführt wird. Praktisch läuft dann die mögliche Schädigung der Kapitalgesellschaft auf eine Schädigung ihrer Minderheit hinaus Die Minderheit kann aber, wenn sie überstimmt wird, verlangen. daß es gesetzmäßig geschehe oder aber der bestehende Zustand, möglichst erhalten bleibe, also Nichtigkeit der Umwandlung ex tunc eintrete, es sei denn, das überwiegende Interessen Dritter nur durch eine Nichtigkeit ex nunc geschützt werden könnten.

Im Verhältnis zu Dritten würde die Nichtigkeit ex nunc bedeuten, daß für Bös- oder Gutgläubigkeit Dritter in der Zwischenzeit gar kein Raum wäre. Es würden also auch diejenigen erwerben, die wissen, daß die Umwandlung nicht in Ordnung ist. Alle Schuldner der Kapitalgesellschaft, die an die Personalgesellschaft zahlen, würden befreit; denn es wäre umgewandelt. Die Personalgesellschaft wäre Eigentümerin des übernommenen Vermögens und Gläubigerin an Stelle der Kapitalgesellschaft. Demgegenüber aber erscheint die Rechtslage bei der Nichtigkeit ex tunc, wo nur gutgläubige Dritte geschützt werden, angebrachter, denn es besteht ohne weiteres keine Veranlassung, auch den, der weiß, daß nicht ordnungsmäßig

[249]) Vgl. o. S. 64—66.
[250]) Vgl. §§ 4 ff. 3. DVO. z. UmwG.

umgewandelt ist, zu schützen. Bei der „Nichtigkeit" der AG. oder GmbH. geschieht das allerdings auch. Dort aber war das, wie dargelegt, notwendig.

Die Gläubiger der Kapitalgesellschaft können sich bei der Nichtigkeit der Umwandlung ex nunc nur mehr an das Vermögen der Kapitalgesellschaft, die Gläubiger der Personalgesellschaft nur mehr an das Vermögen der Personalgesellschaft und deren Gesellschafter halten. Vor allem würden auch die neuen Gläubiger der Personalgesellschaft an sich nur Gläubiger der Personalgesellschaft sein. Die Haftung der Kapitalgesellschaft nämlich könnte — abgesehen von einem Vertrauensschutz — nur dadurch erreicht werden, daß die Umwandlung gar nicht oder zumindest insoweit nicht — also weder ex tunc noch ex nunc — nichtig wäre.[251]) Die Lage der Gläubiger ist also insofern dieselbe wie bei der Nichtigkeit der Umwandlung ex tunc. Solange aber die Nichtigkeit ex nunc nicht eingetreten ist, müßte die Befriedigung auch aus dem Vermögen, das bei der Nichtigkeit der Umwandlung nicht mehr als Zugriffsobjekt dient, erfolgen, ohne daß dafür die eine Gesellschaft gegen die andere bei der Nichtigkeit der Umwandlung irgend einen Regreßanspruch, wie bei der Nichtigkeit ex tunc, hätte. Denn die Umwandlung ist und bleibt ja für die Zwischenzeit gültig, und die Befriedigung der Gläubiger der Kapitalgesellschaft aus dem Vermögen der Personalgesellschaft und umgekehrt die Befriedigung der Gläubiger der Personalgesellschaft aus dem Vermögen der Kapitalgesellschaft — abgesehen von § 7 UmwG. — müßte erfolgen. Dadurch ist die Rechtslage der Gläubiger, denen die Regreßansprüche zugute kommen könnten, im ganzen gesehen, schlechter als bei der Nichtigkeit ex tunc. Gewiß könnten sie auch besser gestellt sein. Hat z. B. die Personalgesellschaft durch Verwertung des Vermögens der Kapitalgesellschaft ihr Vermögen vergrößert, so kommt das auch den Gläubigern der Personalgesellschaft zugute. Dieser möglichen Besser- oder Schlechterstellung gegenüber aber ist eine ausgeglichenere Rechtslage, wie sie bei der Nichtigkeit ex tunc eintritt, vorzuziehen.

Die Interessen aller Beteiligten — Dritter, insbesondere der Gläubiger, und auch der Gesellschaften und Gesellschafter —

---

[251]) Vgl. Schultze v. Lasaulx S. 372 u. u. S. 74, Anm. 253.

sind demnach bei der Nichtigkeit ex tunc genau so gut, möglicherweise sogar besser gewahrt als bei der Nichtigkeit ex nunc. Was aber die Schwierigkeit der Entwirrung bei der Nichtigkeit der Umwandlung angeht, so ist diese gleich groß, ob nun die Nichtigkeit ex tunc oder ex nunc eintritt. Deshalb ist eine Nichtigkeit ex nunc insofern nicht erstrebenswert, d. h. im Rahmen dieser Arbeit: es ist insofern nicht notwendig, daß die Eintragung der verschmelzenden Umwandlung eine schaffende Eintragung ist.

Als Konsequenz einer schaffenden Wirkung der Eintragung der verschmelzenden Umwandlung wäre aber auch eine entsprechende Anwendung der §§ 218 AGes. 77 GmbHGes. denkbar, wonach bei der fehlerhaften AG. oder GmbH. weder eine Nichtigkeit ex tunc noch eine solche ex nunc gegeben ist, sondern nur eine Vernichtbarkeit. Es ist also zu prüfen, ob eine solche Anwendung möglich und tunlich ist, sodaß deshalb der Eintragung der Umwandlung eine schaffende Wirkung zukommen müßte. Die Bestimmung des § 218 Abs. 2 AGes. (bzw. § 77 Abs. 2 GmbHGes.), die besagt, daß die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt wird, kann bei der Nichtigkeit der verschmelzenden Umwandlung keine Bedeutung haben. Denn wie Schultze v. Lasaulx für die Fusion — und das gilt auch für die veschmelzende Umwandlung — sagt, bleibt die übernehmende Gesellschaft bestehen, und die Gültigkeit der von ihr abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wird durch die Nichtigkeit der Fusion — der Umwandlung — ohnehin nicht berührt.[252]) Anwendbar wäre aber der in § 218 Abs. 3 AGes. (§ 77 Abs. 3 GmbHGes.) enthaltene Rechtsgedanke derart, daß das Vermögen der Kapitalgesellschaft trotz der fehlerhaften Umwandlung für die von der Personalgesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten haftet. Und tatsächlich ist auch schon eine entsprechende Anwendung des § 218 Abs. 3 AGes. unter gewissen Voraussetzungen als richtig bezeichnet worden. Aus der Tatsache aber, daß in einem gewissen Rahmen die Umwandlung weder ex tunc noch ex nunc nichtig wird, sondern als zu Recht in dem Umfange fortbestehend gilt[253]), bis gewisse Gläubiger befriedigt sind, und zwar derart, daß das Vermögen der Kapitalgesellschaft neben dem Vermögen der

[252]) S. 371 Note 4.
[253]) Schultze v. Lasaulx S. 372.

Personalgesellschaft haftet, ist nun nicht zu folgern, daß die Umwandlung[254]) überhaupt nicht nichtig, sondern wie die einmal entstandene AG. oder GmbH., die gem. § 218 Abs. 1 AGes. nur aufgelöst werden kann, immer nur vernichtbar sein solle, vielleicht so, daß eine „Entschmelzung" allmählich erfolgen müßte. Die verschmelzende Umwandlung kann vielmehr trotz der entsprechenden Anwendung des § 218 Abs. 3 AGes. regelrecht nichtig sein; denn nur in einem gewissen Rahmen — den gutgläubigen neuen Gläubigern gegenüber und soweit notwendig — soll die Umwandlung noch eine gewisse Zeit trotz der Nichtigkeit „gültig sein". Das Vermögen der Kapitalgesellschaft soll nicht dem Vermögen der Personalgesellschaft verbleiben, bis diese die fraglichen Gläubiger befriedigt hat — wielange dieser Zustand dauern sollte, wäre fraglich, diese Frage wäre eine Schwierigkeit —, sodaß erst dann die Kapitalgesellschaft wieder den Rest ihres Vermögens übernehmen und in Tätigkeit treten könnte. Das soll vielmehr, wie gesagt, gleich geschehen. Die Kapitalgesellschaft soll nur in dem dargelegten Umfange weiter haften. Abgesehen davon aber kann die Umwandlung überhaupt im allgemeinen regelrecht nichtig sein, wenn der Umwandlungsbeschluß nichtig ist. Sie braucht nicht und kann auch nicht noch eine gewisse Zeit entsprechend § 218 Abs. 1 AGes. zum Zwecke der „Entschmelzung" gültig sein. Dritte, insbesondere die Gläubiger, sind bei der Nichtigkeit ex tunc nicht nur hinreichend geschützt, sondern die Gläubiger der Personalgesellschaft haben schließlich sogar ein Interesse daran, daß die Umwandlung, die nicht nach den Vorschriften des Gesetzes erfolgt ist, wirklich nichtig ist, damit die Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger der Kapitalgesellschaft auf das ihnen — den Gläubigern der Personalgesellschaft — als Befriedigungsquelle dienende Vermögen der Personalgesellschaft und deren Gesellschafter als nicht zu Recht bestehend verhindert wird. Auch die Gläubiger der Kapitalgesellschaft sind, wenn sie auch auf Grund der §§ 6 u. 7 UmwG. reichlich sichergestellt sind, dennoch in einem gewissen Maße daran interessiert, daß die Kapitalgesellschaft, die nicht dem Gesetz entsprechend beseitigt wurde, besteht. Auch im Interesse der beiden

[254]) Es kann natürlich nur eine Vernichtbarkeit der „Umwandlung" und nicht der Personalgesellschaft in Frage kommen; denn letztere ist ja gültig und fehlerlos. Nur die Umwandlung ist fehlerhaft.

Gesellschaften und vor allem auch im Interesse der überstimmten Gesellschafter der Kapitalgesellschaft ist es, wie dargelegt, besser, wenn die Umwandlung nichtig ist, und zwar ex tunc nichtig ist. Ihre Interessen sind, da Interessen Dritter zumindest nicht dagegen, in gewissem Maße sogar dafür sprechen, zu berücksichtigen.

Bei der fehlerhaften Umwandlung ist also die Rechtslage ganz anders als bei der fehlerhaften AG. oder GmbH. Hier erfordern, im Gegensatz zu der fehlerhaften AG. oder GmbH., weder die Interessen Dritter noch die der Gesellschafter bzw. der Gesellschaften eine allmähliche Herauslösung aus dem Rechtsleben, sondern die Nichtigkeit der verschmelzenden Umwandlung ex tunc ist tragbar. Sie führt selbstverständlich zu großen Schwierigkeiten und es wäre angenehmer — darüber besteht kein Zweifel —, sie zu vermeiden, aber gegenüber der Tatsache, daß das Auswirken gewisser Fehler nicht verhindert werden kann, ist sie in Bezug auf das Dargelegte noch am besten. Insofern wird also die Auffassung, daß die Eintragung der verschmelzenden Umwandlung von einem rechtsgültigen Beschluß abhängig ist, auch durch die praktischen Ergebnisse nicht erschüttert.

Es ist aber noch auf etwas sehr Wichtiges, was für die Auffassung über die Wirkung der Eintragung eine Rolle spielt, einzugehen. Dem hat das Reichsgericht[255]) Ausdruck verliehen. Es lehnt mit Rücksicht auf das Verkehrsinteresse hinsichtlich der Entstehung des rechtsfähigen Vereins die Ansicht ab, „daß die Rechtsfähigkeit . . . . außerdem davon abhängig sei, daß die für wesentlich erachteten Vorbedingungen der Eintragung vorliegen und daß die Frage, ob dies der Fall sei, der Nachprüfung der verschiedenen Prozeßgerichte, Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit und sonstiger Behörden unterliege, die über das Bestehen von Rechten und Pflichten des eingetragenen Vereins, über die Gültigkeit der von ihnen oder ihnen gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen u. a. zu befinden haben". Im Interesse der Verkehrssicherheit sei anzunehmen, „daß die Entscheidung darüber, ob auch seine (scl. des Aktes der Eintragung) Voraussetzungen vorgelegen haben, nicht gelegentlich durch die verschiedenen Gerichte oder Behörden, die zufällig über eine aus dem Staatsakt sich ergebende Folgerung zu befinden haben, mit möglicherweise verschiedenem

[255]) RGZ. 81, 210.

Ergebnis, sondern nur einheitlich in dem besonders dazu bestimmten Verfahren erfolgen kann." Ebenso bemerkt auch Göppert[256]): „Eine juristische Person, die je nach der im Einzelfalle getroffenen Entscheidung dem einen gegenüber als solche, dem anderen gegenüber als irgend ein anderes Gebilde zu gelten hätte, wäre ein Unding". Diese Erwägungen sind ein Grund dafür, daß die Eintragung der AG. oder GmbH. schaffend wirkt.

Die Umwandlung nun ist, solange ein nur anfechtbarer Umwandlungsbeschluß noch nicht durch Urteil für nichtig erklärt ist, allen gegenüber gültig. Insofern ist dann die Rechtslage genau so wie bei der durch eine schaffende Eintragung entstandenen AG. oder GmbH., ohne daß aber hier die Eintragung schaffend wirken müßte. Wird andererseits der Umwandlungsbeschluß durch Urteil für nichtig erklärt, so steht allen gegenüber die Nichtigkeit der Umwandlung fest.[257]) Ist allerdings der Umwandlungsbeschluß

---

[256]) Eintragungen, S. 27.

[257]) Nicht nur dann, wenn Anfechtbarkeit (§§ 200, 219 Abs. 3 AGes.), sondern auch dann, wenn Nichtigkeit gegeben ist, muß es möglich sein, „ein Urteil zu erzielen, dessen Rechtskraft sich über den Kreis der Beteiligten hinaus erstreckt" (Huber, Verw.-Arch. S. 30, vgl. auch Hueck S. 234 ff. u. S. 246 Anm. 15). Das ist durch den § 201 AGes. für den Beschluß einer AG. oder GmbH. ausdrücklich anerkannt. Für die übrigen Beschlüsse muß das aber, wie Huber (Verw.-Arch. S. 30/1) sagt, auch gelten. Der Registerrichter hat auch ein solches Urteil einzutragen. Das ergibt sich bei der AG. und KAG. aus §§ 201 Abs. 1 S. 1, 200 Abs. 1 S. 3, 219 Abs. 3, im übrigen aber daraus, daß jedermann von der Rechtskraft eines solchen Urteils erfaßt wird (Vgl. dazu Landsberg S. 44. Wenn jeder von der Rechtskraft des Urteils erfaßt wird, so ist der Registerrichter gebunden, d. h. er hat einzutragen.)
Dieses Ergebnis ginge möglicherweise noch über das bei der Vernichtung der AG. oder GmbH. hinaus. Denn ist wirklich die Löschung der AG. oder GmbH. wie Göppert meint (Eintragungen S. 34, vgl. auch Senden S. 14), eine im üblichen Sinne „konstitutive" (vgl. dazu Senden S. 11 ff. u. o. S. 24 Anm. 87.) Eintragung, die zur Fehlerhaftigkeit hinzutreten müsse, dann wäre nicht jeder an die Löschung gebunden. Der Prozeßrichter z. B. könnte diese als nicht zu Recht bestehend ansehen, weil Fehler, die zur Löschung berechtigen, gar nicht vorgelegen hätten. Er könnte also trotz der Löschung die Gesellschaft als vollgültig behandeln, sodaß das eintreten würde, was Göppert selbst als ein Unding bezeichnet, nämlich, daß je nach der im Einzelfall getroffenen Entscheidung die juristische Person dem einen gegenüber als solche, dem anderen gegenüber aber als ein anderes Rechtsgebilde zu gelten hätte. Ob das allerdings richtig ist, oder ob nicht vielmehr der die AG. oder GmbH. schaffenden Eintragung auch die ihre Vernichtung „schaffende" Eintragung (Löschung) entspricht, kann hier nicht erörtert werden. Es ist sehr zu bedauern, daß Senden das nicht ausführlich behandelt hat. Diese sehr interessante und wichtige Frage ist eine Frage, die zu Sendens Themastellung „Prozeßrichter und Eintragungen im Handelsregister" gehört. Denn die Löschung ist auch

und damit infolge der lediglich rechtsändernden Wirkung der Eintragung auch die Umwandlung von selbst nichtig, so tritt das ein, was das Reichsgericht für den rechtsfähigen Verein ablehnt. Die Entscheidung über die Gültigkeit der Umwandlung kann nämlich „im Einzelfall" durch die „verschiedenen Gerichte oder Behörden" „mit möglicherweise verschiedenem Ergebnis" erfolgen. Es fragt sich aber, ob das hiermit Rücksicht vor allem auf dritte Personen ein „Unding" ist. Das ist zu verneinen. Denn, wie schon dargelegt, ist die Nichtigkeit der verschmelzenden Umwandlung für alle Beteiligten, insbesondere auch für Dritte, tragbar. Sie ist nicht wie eine regelrechte Nichtigkeit der AG. oder GmbH. derart ungünstig, daß besondere Bestimmungen getroffen worden sind, die nur eine Vernichtbarkeit zulassen. Ferner ist daran zu erinnern, daß nicht nur bei der Anfechtbarkeit, sondern auch bei der Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses allen gegenüber eine einheitliche Rechtslage — nämlich die Nichtigkeit der Umwandlung — bewirkt werden kann.

Das Ergebnis also, daß die Eintragung der verschmelzenden Umwandlung sich als eine rechtsändernde (bestätigende, legalisierende) Eintragung darstellt, ist durch die in diesem Kapitel unternommene Prüfung der Frage, wie sich dieses Ergebnis auf das Wirtschaftsleben auswirkt, nicht in Frage gestellt worden.

§ 10. Die Eintragung der Umwandlung nach dem AGes.

Ist die Umwandlung von Kapitalgesellschaften untereinander nach dem AGes. infolge der lediglich rechtsändernden Wirkung der Eintragung ex tunc nichtig, so wirkt sich das folgendermaßen aus.

Die Umwandlung ist nicht eingetreten, d. h. die Rechtsform der Gesellschaft hat sich nicht geändert. Die Gesellschaft hat nicht in der neuen Rechtsform, die durch die Umwandlung herbeigeführt werden sollte, bestanden, z. B. die AG. ist nicht KAG. oder GmbH., die GmbH. nicht AG. oder KAG. geworden.

---

eine Eintragung (Vgl. Göppert, Eintragungen S. 34 „. . . . ist die Löschung . . . . eine . . . . Eintragung . . . .", auch Staub-Bondi, Anh. zu § 8 Anm. 5). Dann erst wäre Sendens Arbeit eine Ergänzung zu Landsbergs umgekehrter Themastellung „Die Bindung des Handelsregisterrichters an Prozeßurteile", worunter dieser nicht nur den Handelsregisterrichter als eintragenden sondern auch als löschenden Richter versteht, gewesen.

Für die Gläubiger, die schon Gläubiger waren, als die Umwandlung sich vollziehen sollte, ist die Rechtslage bei erfolgter und bei nicht erfolgter Umwandlung zwischen Kapitalgesellschaften mit gleicher Haftungsform im wesentlichen dieselbe. Das ist aber auch dann der Fall, wenn infolge der Umwandlung die Haftung in einem gewissen Maße dadurch beschränkt werden soll, daß persönlich haftende Gesellschafter ausscheiden sollen (Umwandlung einer KAG. in eine AG. oder GmbH.); denn diese haften den genannten Gläubigern unabhängig von ihrem Ausscheiden (§§ 262 S. 2, 281 S. 3 AGes.). Soll aber umgekehrt die Haftung infolge der Umwandlung durch das Hinzutreten persönlich haftender Gesellschafter erweitert werden (Umwandlung einer AG. oder GmbH. in eine KAG.), so gilt im Hinblick auf die Tatsache, daß den alten Gläubigern die persönlich haftenden Gesellschafter nicht, wie bei der Gültigkeit der Umwandlung (§§ 259 S. 2, 285 S. 3 AGes.) haften,[258]) das, was schon bei der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. gesagt wurde, daß nämlich die alten Gläubiger mit der Umwandlung, d. h. hier mit dem Eintritt persönlich haftender Gesellschafter nicht rechnen konnten. Es genügt deshalb, daß die alten Gläubiger sich aus dem Vermögen, das ihnen vor der fehlerhaften Umwandlung als Befriedigungsquelle diente, also aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen können, und daß ihnen dieses Vermögen in demselben Maße gesichert bleibt. Das ist aber im wesentlichen der Fall, denn entsprechende, das Gesellschaftskapital schützende Vorschriften sind bei allen Kapitalgesellschaften, die untereinander umgewandelt werden können, gegeben.

Die Rechtslage der Gläubiger, die nach dem Eintritt der ungültigen Umwandlung mit der Gesellschaft in ihrer neuen Rechtsform in Beziehung traten, ist folgende. Da die Vorstandsmitglieder bzw. die Geschäftsführer der Gesellschaft, in die umgewandelt sein sollte, nicht rechtsgültig bestellt waren, konnte die Kapitalgesellschaft, d. h. die Kapitalgesellschaft so, wie sie vor der ungültigen Umwandlung bestand,[259]) nicht verpflichtet werden. Aber der dritte Kontrahent darf sich auf seinen guten Glauben an die Vertretungsmacht der

[258]) Das, was die Gläubiger allerdings erhielten, können sie grundsätzlich behalten. Die Gesellschafter haben nur einen Regreßanspruch gegen die Gesellschaft (vgl. o. S. 66 Anm. 234).

[259]) Eine andere besteht infolge der Nichtigkeit der Umwandlung gar nicht.

in das Handelsregister eingetragenen Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer berufen.[260]) Und da, wie gesagt, die umzuwandelnde Gesellschaft identisch ist mit der Gesellschaft, in die umgewandelt wird, haftet bei der Nichtigkeit der Umwandlung erstere den gutgläubigen[261]) neuen Gläubigern aus den Rechtshandlungen der Vorstandsmitglieder bzw. der Geschäftsführer der nichtigen Gesellschaft. Auf Grund des Schutzes des Vertrauens auf die Eintragung der Umwandlung muß Entsprechendes auch für die persönlich haftenden Gesellschafter gelten, die infolge der Umwandlung (einer AG., GmbH. oder Gewerkschaft in eine KAG.) in die Gesellschaft eintreten sollten, aber infolge der Nichtigkeit der Umwandlung in Wirklichkeit nicht Gesellschafter wurden. Auch sie haften für die von den Vorstandsmitgliedern bzw. Geschäftsführern der nicht bestehenden Gesellschaft den gutgläubigen neuen Gläubigern gegenüber eingegangenen Verbindlichkeiten.[262]) Die Frage aber, ob auch umgekehrt die persönlich haftenden Gesellschafter, die mit der Umwandlung (einer KAG. in eine AG. oder GmbH.) ausscheiden sollten, wegen der Nichtigkeit der Umwandlung aber tatsächlich nicht ausgeschieden sind, den genannten Gläubigern haften,[263]) oder ob das nicht der Fall ist, da doch die Erklärung im Handelsregister, auf die Dritte vertrauen, gerade dahin geht, daß die persönlich haftenden Gesellschafter ausgeschieden sind, diese Frage ist nicht wichtig. Denn die Interessen der neuen Gläubiger sind hinreichend geschützt, auch wenn ihnen die persönlich haftenden Gesellschafter nicht haften. Hier kommt es nur darauf an, daß die Gesellschaft — sei es in Form der KAG. oder AG. oder GmbH. — mit ihrem Vermögen einstehen muß; denn die neuen Gläubiger vertrauten auf Grund der dem entgegenstehenden Erklärung im Handelsregister gar nicht auf die Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter.

---

[260]) So Düringer-Hachenburg (§ 332 Anm. 20) für die Umwandlung einer KAG. in eine AG. auf Grund des o. S. 65 Anm. 232 erwähnten Gewohnheitsrechtssatzes. Eingetragen werden die Vorstandsmitglieder bzw. die Geschäftsführer gem. §§ 258 Abs. 1 S. 1 (§§ 225, 219 Abs. 2 AGes., 164 HGB.); 261 Abs. 1 S. 1; 264 Abs. 1 S. 1; 272 Abs. 1 S. 1; 279 Abs. 2 in Vbd. mit § 272 Abs. 1 S. 1; 282 in Vbd. mit § 264 Abs. 1 S. 1; 284 (§§ 225, 219 AGes. 164 HGB.); 287 Abs. 2 in Vbd. mit § 284 AGes.

[261]) Vgl. Düringer-Hachenburg § 332 Anm. 20.

[262]) Vgl. auch o. S. 68/9 und u. 85.

[263]) So Düringer-Hachenburg (§ 332 Anm. 20) für die Umwandlung einer KAG. in eine AG.

Da die Kapitalgesellschaft in ihrer alten Rechtsform an die Handlungen der Vorstandsmitglieder bzw. der Geschäftsführer der nichtigen Gesellschaft insoweit gebunden ist, als dritte Kontrahenten auf die Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder bzw. der Geschäftsführer vertrauten, sind auch deren Verfügungen zugunsten derer, die die Ungültigkeit der Umwandlung nicht kannten, und auch die Verträge mit solchen „Gutgläubigen" gültig. Ein mit der nichtigen Gesellschaft abgeschlossenes Geschäft kann nicht wegen Irrtums in der Person angefochten werden, wenn bei der Ungültigkeit der Umwandlung die Gesellschaft wieder in ihrer alten Rechtsform als Vertragspartei auftritt.[264]) Denn die Gesellschaften sind, wie gesagt, identisch. Schuldner, die die Ungültigkeit der Umwandlung nicht kannten und an die Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer der nichtigen Gesellschaft zahlten, sind befreit.

Die Gültigkeit der von den Vorstandsmitgliedern bzw. den Geschäftsführern der nicht bestehenden Gesellschaft vorgenommenen Geschäfte läßt sich also, soweit nötig, durch den gewohnheitsrechtlich anerkannten Schutz des Vertrauens auf eine öffentlich abgegebene Erklärung erreichen. Es ist deshalb nicht notwendig, durch eine Nichtigkeit ex nunc oder eine entsprechende Anwendung der Bestimmung des § 218 Abs. 2 AGes. (§ 77 Abs. 2 GmbHGes.), wonach die Wirksamkeit der mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die „Nichtigkeit" nicht berührt wird, die Rechtsgültigkeit der vom Vorstand der nichtigen Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen herbeizuführen und zu diesem Zwecke der Eintragung der Umwandlung eine schaffende Wirkung beizulegen. Zwar würden dann alle, also auch die, die die Ungültigkeit der Umwandlung kennen, geschützt. Aber genau so wenig wie bei der fehlerhaften verschmelzenden Umwandlung nach dem UmwG., im Gegensatz zu der fehlerhaften AG. oder GmbH., sich etwas Derartiges aus dem Gesetz ergibt und überhaupt ohne weiteres eine Veranlassung dazu besteht, ist das bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften untereinander der Fall. Es ist auch nicht erforderlich, die Bestimmung des § 218 Abs. 1 AGes. (§ 77 Abs. 1 GmbHGes.) entsprechend anzuwenden. Eine regelrechte Auflösung wie bei der fehlerhaften AG. oder GmbH. käme hier wohl, wie

[264]) Vgl. Düringer-Hachenburg § 332 Anm. 20 für die Umwandlung einer KAG. in eine AG.

auch bei der verschmelzenden Umwandlung, überhaupt nicht in Frage; denn es geht nicht an, eine wertzerstörende Liquidation durchzuführen. Es kommt vielmehr auch hier nur darauf an, die Umwandlung — als einheitlichen Vorgang —, nicht aber die „Neugründung", die Gesellschaft in ihrer neuen Rechtsform, aus dem Rechtsleben herauszulösen. Eine entsprechende Anwendung des § 218 Abs. 1 AGes. (§ 77 Abs. 1 GmbHGes.) könnte so nur dazu führen, daß die „Umwandlung" noch eine gewisse Zeit gültig wäre. Das würde dann bedeuten, daß die Gesellschaft noch eine gewisse Zeit in der durch die fehlerhafte Umwandlung herbeigeführten Form bestehen bliebe, um die neuen Gläubiger zu befriedigen, und dann wieder in die alte Form zurückgebracht würde, d. h. entsprechend dem Vorgang bei der Umwandlung in der alten Form fortbestünde. Diese entsprechende Anwendung des § 218 Abs. 1 AGes. (§ 77 Abs. 1 GmbHGes.) ist aber nicht erforderlich. Denn die durch den Schutz des Vertrauens erreichte Haftung der Gesellschaft ist gleichwertig,[265]) ob sie nun in der neuen oder alten Form für die neuen Verbindlichkeiten einstehen muß. Die Vorschriften zugunsten der Gläubiger entsprechen sich im wesentlichen. Vor allem sehen sich die Gläubiger nach wie vor einer rechtsfähigen Vereinigung gegenüber. Wenn so hier im Gegensatz zu einer Nichtigkeit der AG. oder GmbH. die Interessen Dritter gewahrt sind, so liegt es nur im Interesse des Rechtslebens, vor allem auch im Interesse der möglicherweise überstimmten Gesellschafter, nicht länger die Umwandlung, die unter Verletzung des Gesetzes zustande kam, dadurch aufrechtzuerhalten, daß die Gesellschaft in der neuen Rechtsform noch weiter besteht. Aus der Weiterhaftung der Gesellschaft in ihrer alten Rechtsform und möglicherweise auch der persönlich haftenden Gesellschafter den neuen gutgläubigen Gläubigern gegenüber aber ist nicht zu entnehmen, daß die Umwandlung noch regelrecht gültig sei; denn dann würde ja die

[265]) Ein Unterschied besteht nur bei der nichtrechtsfähigen Gewerkschaft des älteren Rechts. Hier würde es für die neuen Gläubiger einen Nachteil bedeuten, wenn sie sich an Stelle der AG. oder KAG., mit der sie in Beziehung zu treten dachten, bei der Nichtigkeit der Umwandlung einer Gewerkschaft des älteren Rechts gegenüber sähen. Hier muß deshalb wohl die AG. oder KAG. solange als gültig angesehen werden, bis die neuen Gläubiger befriedigt sind. Solange muß sie vollgültig sein. Das entspräche dann auch der schaffenden Wirkung der Eintragung in diesem Falle. (Vgl. o. S. 45 Anm. 175 und auch S. 57 Anm. 203).

Gesellschaft in der neuen und nicht in der alten Rechtsform haften. Außerdem wäre für guten oder bösen Glauben gar kein Raum. Die Umwandlung ist also nichtig. Nur aus der de facto Umwandlung ergeben sich noch rechtliche Folgen.

Verschiedene Entscheidungen aber bezüglich der Gültigkeit der Umwandlung sind hier auch nicht derart schädlich wie bei der AG. oder GmbH.

Das Gesagte beweist also, daß auch die Betrachtung vom Standpunkt der Erfordernisse des Wirtschaftslebens aus das Ergebnis rechtfertigt, daß die Eintragung der Umwandlung nach dem AGes. eine rechtsändernde (bestätigende, legalisierende) Eintragung ist.

§ 11. Die Eintragung der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG.

Die durch die lediglich rechtsändernde Wirkung der Eintragung bedingte Nichtigkeit der errichtenden Umwandlung ex tunc bewirkt folgende Rechtslage.

Die Kapitalgesellschaft ist nicht „aufgelöst" worden, die Personalgesellschaft nicht „entstanden". Der „Vermögensübergang" von jener auf diese ist nicht erfolgt.[266]) Die Kapitalgesellschaft ist Eigentümerin des Vermögens. Das Vermögen, das nicht von der Kapitalgesellschaft, sondern von den Gesellschaftern, die die Personalgesellschaft bilden wollten, in die Personalgesellschaft eingeschlossen worden ist, gehört natürlich nicht der Kapitalgesellschaft, sondern den Gesellschaftern als Eigenrecht oder als Bruchteilsberechtigung.[267])

Was nun die Gläubiger, die bereits Gläubiger der Kapitalgesellschaft bei Eintritt der nichtigen errichtenden Umwandlung gewesen sind, angeht, so ist folgendes zu sagen. Zwar haftet diesen bei der Nichtigkeit der Umwandlung nur das Vermögen der Kapitalgesellschaft und nicht, wie bei der Gültigkeit der Umwandlung, auch dasjenige der persönlich haftenden Gesellschafter.[268]) Aber es gilt hier dasselbe, was auch bei der Nichtigkeit der verschmelzenden Umwandlung zu bemerken war. Die alten Gläubiger

[266]) Vgl. dazu o. S. 41 ff. u. S. 64.
[267]) Vgl. dazu Hildegard Meyer S. 33 ff.
[268]) Das, was ihnen aber bereits gezahlt wurde, können sie grundsätzlich behalten. Die Gesellschafter haben nur einen Regreßanspruch gegen die Kapitalgesellschaft.

nämlich gaben der Kapitalgesellschaft vor der Umwandlung Kredit. Sie konnten also gar nicht mit einer unbegrenzten Haftung der Gesellschafter rechnen. Für sie ist die Erhaltung des Vermögens der Kapitalgesellschaft als Befriedigungsquelle das Entscheidende. Diese ist ihnen aber gemäß § 7 UmwG. gesichert[269]).

Die Rechtslage der Kreditgeber, die mit der nichtigen Personalgesellschaft in Rechtsbeziehungen zu treten versuchten, ist folgende. Da die Personalgesellschaft nicht besteht, haben die Gesellschafter als Gesellschafter einer nichtigen OHG. oder KG. keine kraft Gesetzes ihnen zustehende Vertretungsmacht, um alle Gesellschafter zu verpflichten. Da die Nichtigkeit der Umwandlung auch meist den Gesellschaftern unbekannt sein wird, haben die Handelnden auch keine ihnen ausdrücklich — wenn auch stillschweigend — verliehene Vertretungsmacht. Es haften also an sich dann nur die handelnden Gesellschafter als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Daß das natürlich kein Ersatz für die unbegrenzte Haftung aller persönlich haftenden Gesellschafter ist, braucht nicht besonders betont zu werden. Bei der infolge der nichtigen Umwandlung nichtigen bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ist es so, daß wohl alle Gläubiger verpflichtet werden können; denn gemäß § 709 Abs. 1 BGB. steht die Geschäftsführung allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu und dementsprechend gibt es auch meist nur eine gemeinschaftliche Vertretungsmacht (§ 714 BGB.). Wenn dementsprechend alle Gesellschafter handeln, so können alle Gesellschafter verpflichtet werden. Die Kapitalgesellschaft aber mit ihrem Vermögen, dem vor allem eine erhebliche Bedeutung zukommt und auf das auch die Kreditgeber der Personalgesellschaft vornehmlich vertrauen werden und, soweit § 7 UmwG. nicht mehr anwendbar ist, auch vertrauen dürfen, könnten die Gesellschafter, selbst wenn sie die Macht hätten, die Gesellschafter zu verpflichten, nicht ohne weiteres binden.

---

[269]) Eine Trennung des Vermögens der Kapitalgesellschaft von dem der Personalgesellschaft ist natürlich nicht möglich, wenn letzteres nicht vorhanden ist. Wird aber frisches Kapital in die Gesellschaft eingelegt, so ist auch eine Trennung durchzuführen. Das Verbot von Entnahmen aus dem Vermögen der Kapitalgesellschaft besteht jedenfalls. Auch ist den neuen Gläubigern zunächst das Vermögen der Kapitalgesellschaft als Befriedigungsquelle versperrt. (Vgl. Böttcher-Meilicke S. 129; a. A. Düringer-Hachenburg § 9 Anm. 37.

Die eben aufgezeigten unbefriedigenden Ergebnisse lassen sich aber vermeiden; denn auch hier ist das Vertrauen auf die Eintragung in das Handelsregister zu schützen. Deshalb müssen sich die Mitglieder der nichtigen Personalgesellschaft jedenfalls als Mitglieder einer Personalgesellschaft behandeln lassen. Sie können ihre Haftung den neuen Gläubigern gegenüber nicht mit Rücksicht auf die Nichtigkeit der Eintragung bestreiten[270]). Düringer-Hachenburg[271]) sieht als Eintragung, die diesen Schutz verdient, die Eintragung der Personalgesellschaft an. Demnach würde also bei der Umwandlung in eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft dieser Schutz nicht Platz greifen können, da diese nicht eingetragen wird. Demgegenüber ist es aber richtiger, schon an die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses, wie das auch bei der Umwandlung nach dem AGes. geschieht, den Vertrauensschutz zu knüpfen. Denn es wäre unbillig, bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft den Gläubigern deswegen, weil diese Gesellschaft nicht eingetragen wird, keinen Schutz zu gewähren, zumal doch gerade durch die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses eine Erklärung dahingehend erfolgt, die Kapitalgesellschaft sei umgewandelt, d. h. die beschränkte Haftung sei aufgehoben. Somit müssen sich also trotz der Nichtigkeit der Personalgesellschaft ihre einzelnen Gesellschafter die unbegrenzte Inanspruchnahme gefallen lassen. Das könnte sich wohl auch aus einer entsprechenden, schon bei der verschmelzenden Umwandlung erwähnten Anwendung des in § 218 Abs. 3 AGes. enthaltenen Rechtsgedankens ergeben — oder das entspricht diesem Gedanken zumindest. Denn auch bei der errichtenden Umwandlung handelt es sich wirtschaftlich um eine Erweiterung der Haftungsbasis der Kapitalgesellschaft, weil die Gesellschafter nunmehr als persönlich haftende Gesellschafter einstehen wollen.

Außer den Gesellschaftern der nichtigen Personalgesellschaft haftet, in entsprechender Weise wie bei der nichtigen Umwandlung nach dem AGes., auf Grund des Vertrauensschutzes und der Tatsache, daß die Kapitalgesellschaft identisch ist mit der Personalgesellschaft, auch die Kapitalgesellschaft für die Handlungen der Gesellschafter der nichtigen Personalgesellschaft.

[270]) Düringer-Hachenburg § 10 Anm. 24.
[271]) § 10 Anm. 24; § 11 Anm. 17.

Alle anderen von den Gesellschaftern der nichtigen Personalgesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte mit gutgläubigen Dritten sind ebenfalls gültig, weil den gutgläubigen Dritten der Schutz des Vertrauens auf die Eintragung zukommt.

Trotz der Nichtigkeit der errichtenden Umwandlung ist also die Rechtsgültigkeit der mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte gegeben, ohne daß eine Nichtigkeit ex nunc oder eine dem § 218 Abs. 2 AGes. entsprechende Bestimmung notwendig wäre. Auch eine entsprechende Anwendung des § 218 Abs. 1 AGes. ist nicht erforderlich, und deshalb auch nicht eine schaffende Wirkung der Eintragung der errichtenden Umwandlung. Was in diesem Zusammenhang bei der Umwandlung nach dem AGes. gesagt wurde, gilt entsprechend auch hier.

Demnach kann die errichtende Umwandlung regelrecht ex tunc nichtig sein. Nur aus der de facto Umwandlung müssen sich in einem beschränkten Maße gewisse Folgen ergeben, in einem viel beschränkteren Maße, als es bei der auf gewöhnlichem Wege fehlerhaft entstandenen OHG. oder KG. der Fall sein müßte; denn dort müßten nicht nur die Gesellschafter weiter haften, sondern die Personalgesellschaft selbst müßte wohl auch insofern[272]) weiter bestehen, als auch sie mit ihrem Vermögen den „Gutgläubigen" haften müßte. Das ist aber bei der nichtigen Umwandlung Aufgabe der Kapitalgesellschaft. Die Personalgesellschaft kann deshalb sofort nichtig sein.

Somit wird schließlich auch noch das Ergebnis, daß die Eintragung der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG. rechtsändernde (bestätigende, legalisierende) Wirkung hat, durch die praktischen Folgen dieser Wirkung gerechtfertigt.

[272]) Deshalb könnte doch eine echte Nichtigkeit gegeben sein.

Lebenslauf.

Am 21. August 1911 wurde ich, Hansgeorg Baumann, als Sohn des Obstzüchters und Geschäftsführers Walter Baumann und seiner Ehefrau Adelheid in Merten bei Bonn geboren.

Am Beethovengymnasium in Bonn bestand ich Ostern 1931 die Reifeprüfung. Daraufhin studierte ich an der Universität in Bonn Rechtswissenschaft. Am 18. April 1935 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Köln die erste juristische Staatsprüfung ab.

Der mündlichen Doktorprüfung unterzog ich mich am 17. Dezember 1936. Das Thema der Doktorarbeit wurde von Herrn Geheimrat Prof. Dr. Rauch angeregt, dem ich auch an dieser Stelle meinen Dank ausspreche.